GUÍA LEGAL

ACCIONES DE MARKETING EN REDES SOCIALES

OCTUBRE DE 2013

CRIESTRA ABOGADOS

Marketing Legal

CON LA COLABORACIÓN DE

ASOCIACIÓN DE MARKETING DE ESPAÑA

INTRODUCCIÓN DE LA ASOCIACIÓN DE MARKETING DE ESPAÑA.

Queridos Socios,

La Asociación de Marketing de España en colaboración con Riestra Abogados os presenta la "Guía Legal de Acciones de Marketing en Redes Sociales".

Somos conscientes de la importancia de la integración de las redes y los entornos sociales en nuestras acciones de marketing, donde delegamos su desarrollo en compañías cada vez más especializadas desconociendo en muchas ocasiones las implicaciones y responsabilidades legales que asumimos.

Utilización de marcas; responsabilidad por los contenidos; derechos de propiedad intelectual; promociones; sorteos; concursos; captación de datos; derechos de imagen; injurias y calumnias, y muchos otros contenidos se recopilan en esta guía legal con la intención de convertirse en una referencia de consulta en tu departamento de marketing.

Con este documento la Asociación de Marketing de España asume, una vez más, su compromiso de difundir las mejores prácticas y el impulso del buen marketing como el motor del éxito empresarial, ofreciendo así apoyo y herramientas a los profesionales del marketing que les permitan evolucionar en su labor profesional.

Un fuerte abrazo,

María Sánchez del Corral
PRESIDENTE
ASOCIACIÓN DE MARKETING DE ESPAÑA

Copyright Riestra Abogados 2013

La guía legal se presenta como una herramienta práctica para todos aquellos que desarrollan acciones de marketing en redes sociales y son conscientes de sus implicaciones legales.

En estos entornos conviven regulaciones obsoletas de la era predigital con nuevas normativas, lo que complica la casuística e interpretación. Esperemos que la forma de presentar los contenidos a través de "etiquetas" ayuden a encontrar la información buscada a quienes no son expertos legales pero tienen claro qué acciones de marketing quieren desarrollar.

Los contenidos de esta guía se basan tanto en actualizaciones de textos legales que viene elaborando periódicamente este despacho como contenidos desarrollados *ad hoc* para completarla.

A modo de reflexión. El nuevo paradigma legal en Internet es la privacidad pero de qué sirve si muchas multinacionales se niegan a aceptar la aplicación del fuero de los países de la Unión Europea.

El despacho

Riestra Abogados es una firma especializada en Marketing Legal, siendo uno de los pioneros en España en practicar esta especialidad.

Actualmente regula una media anual de 150 campañas de marketing offline / online de multinacionales de diversos sectores, así como de agencias de publicidad e interactivas.

El despacho participa en seminarios, ha colaborado con las Cámaras de Comercio, publica en revistas especializadas del sector Internet, ha participado en el Máster de Propiedad Intelectual de la Universidad Carlos III, y en el Máster de publicidad interactiva de la Universidad Complutense.

Actualmente imparte en ESIC Barcelona el módulo de Marketing Legal del Máster en Digital Business.

El despacho es asesor legal de La Asociación de Marketing de España.

Copyright Riestra Abogados 2013

Otras publicaciones:

Manual de Marketing Legal. 2010 / 2013

Regula los principales aspectos legales de las campañas de marketing y comunicación.

Regulación legal en los entornos web 2.0. 2009

Protección de datos, cesión de contenidos, propiedad intelectual, derechos de imagen, responsabilidades, publicidad online, e-mail marketing, etc.

Marketing Legal en el sector de Automoción. 2007 / 08

Libro de referencia para todos aquellos que desarrollan acciones de marketing y publicidad en el sector de automoción.

Introducción al marketing legal. 2006

Publicado por entregas en La Gaceta de los Negocios.

Exposición de motivos y cuestiones prácticas legales de esta nueva especialización.

Una guía práctica para los departamentos de marketing y legal de las empresas.

Internet en las empresas. Obligaciones legales. 2005

Se tratan todos los temas fundamentales, en sentido práctico, del día a día de una empresa con presencia en Internet.

Copyright Riestra Abogados 2013

POR SOPORTES

FACEBOOK

- Responsabilidad de los comentarios o textos.
- Titular de los derechos de propiedad intelectual.
- Injurias y calumnias.
- Sorteos y promociones en facebook.
- Combinaciones aleatorias con fines promocionales.
- Ofertas comerciales.
- Cookies.
- Guía sobre el uso de las Cookies (AEPD)
- Públicos personalizados.
- "Gamification"

INSTAGRAM

//

FLICKR

- Responsabilidad de los comentarios o textos.
- Titular de los derechos de propiedad intelectual.
- Injurias y calumnias.
- Combinaciones aleatorias con fines promocionales.
- Cookies.
- Guía sobre el uso de las Cookies (AEPD)
- Derechos de imagen.
- Enlaces a web de terceros.

MY SPACE

- Titular de los derechos de propiedad intelectual.
- Cesión de derechos de propiedad intelectual.
- Derechos de imagen.

PINTEREST

- Titular de los derechos de propiedad intelectual.
- Derechos de imagen.

Copyright Riestra Abogados 2013

TWITTER // TUENTI

- Responsabilidad de los comentarios o textos.
- Injurias y calumnias.
- Publicidad encubierta.

YOUTUBE

- Responsabilidad de los comentarios o textos.
- Titular de los derechos de propiedad intelectual.
- Cesión de derechos de propiedad intelectual.
- Injurias y calumnias.
- Ofertas comerciales.
- Cookies.
- Guía sobre el uso de las Cookies (AEPD)
- Derechos de imagen.
- Publicidad encubierta.
- Enlaces a web de terceros.

POR ESTRATEGIAS

APPS

- Titular de los derechos de propiedad intelectual.
- Códigos fuente.
- Cesión de derechos de propiedad intelectual.

BLOGS

- Marcas.
- Nombres de dominio.
- Derechos de imagen.
- Textos.
- Responsabilidad de los comentarios o textos.
- Enlaces a web de terceros.
- Banners.
- Publicidad en foros y blogs.

RIESTRA ABOGADOS. Marketing Legal. Calle Génova, nº 7 – 3º izq. 28004 Madrid. T. 91 102 28 88 - www.riestra-abogados.com

Copyright Riestra Abogados 2013

- Publicidad contextual.
- Publicidad comparativa.
- Publicidad encubierta.
- Blogger influencer.
- Registro Online.

BRAND COMMNUNITY

- Registro de Marca.
- Nombres de dominio.

CONTENIDOS

- Titular de los derechos de propiedad intelectual.
- Responsabilidad de los comentarios o textos.
- Ofertas comerciales.
- Derechos de imagen.

CUPONES

- Términos y condiciones.
- Bases legales.
- Creatividades.
- Registro Online.

DISCUSIÓN EN FOROS

- Responsabilidad de los comentarios o textos.
- Publicidad encubierta.
- Injurias y calumnias.

EMAIL MARKETING

- Consentimiento envíos comerciales electrónicos.
- Obligaciones legales de un newsletter.
- Ofertas comerciales.

Copyright Riestra Abogados 2013

GEO LOCALIZACIÓN

- Cookies.
- Guía sobre el uso de las Cookies (AEPD)

MENORES DE EDAD

- Edad para participar en redes sociales y consentimiento.

POD CASTS

- Titular de los derechos de propiedad intelectual.
- Cesión de derechos de propiedad intelectual.

PROMOCIONES

- Registro Online.
- Combinaciones aleatorias con fines promocionales.

SAMPLING

- Captación de datos personales.

SEO/ADWORDS

- Registro de Marca.
- Nombres de dominio.
- Keyword Advertising.
- Enlaces a web de terceros.

Copyright Riestra Abogados 2013

SMS

- Consentimiento envíos comerciales electrónicos.
- Obligaciones legales de un newsletter.
- Ofertas comerciales.
- Alertas SMS.

VIDEOJUEGOS

- Titular de los derechos de propiedad intelectual.
- Códigos fuente.

VIRAL MK

- Resolución Agencia Española de Protección de Datos " Reenvía a un amigo".

VOTACIONES ONLINE

- Bases legales.
- Combinaciones aleatorias con fines promocionales.

WEB DE OPINIONES

- Responsabilidad de los comentarios o textos.
- Publicidad encubierta.
- Injurias y calumnias.

WEBINAR

- Titular de los derechos de propiedad intelectual.

Copyright Riestra Abogados 2013

CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN DE LA ASOCIACIÓN DE MARKETING DE ESPAÑA. 2

MARCAS 12

TITULAR DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: CONTENIDOS QUE APORTAN LOS USUARIOS EN LAS REDES SOCIALES. 15

(i) Propiedad intelectual vs. propiedad industrial. 15

(ii) Los derechos patrimoniales de explotación. 16

(iii) Dominio público. 16

(iv) Soportes futuros. 17

(v) Derechos morales. 17

(vi) Contenidos aportados por los usuarios. 17

(vii) Cesión de derechos sobre los contenidos de los usuarios a la red social. 19

RESPONSABILIDAD DE LOS COMENTARIOS O TEXTOS. 21

(i) Contenidos y responsabilidad de los prestadores de servicios: 21

(ii) Difamación en redes sociales. 23

ENLACES. 26

RECUPERACIÓN DE NOMBRES DE DOMINIO 28

PUBLICIDAD EN REDES SOCIALES 30

(i) Publicidad ilícita. 31

(ii) Publicidad distribuida a través de notificaciones automáticas. 32

(iii) Publicidad contextual (Targeted Advertising). 32

(iv) Publicidad editorial. “Contextual commerce”. 32

(v) Publicidad en foros y blogs. 33

(vi) Conductas habituales contrarias a la normativa en Internet: 33

(vii) Publicidad comparativa. 36

(viii) Emplazamiento de Productos y Publicidad Encubierta. 38

(ix) Públicos Personalizados. 40

OFERTAS COMERCIALES. 42

(i) Concepto general de consumidor y de usuario. (Art. 3). 42

(ii) Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios. (Art. 20). 42

(iii) servicios de atención al cliente (Art. 21). 43

(iv) Concepto de contratos celebrados a distancia (Art. 92). 44

Copyright Riestra Abogados 2013

(v) Información precontractual y contratos. 44
(vi) Derecho de desistimiento. (Art. 101). Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. 49
REGISTRO ONLINE 52
(i) El registro de usuarios en una red social. 52
(ii) El consentimiento en la recabación de los datos. 53
(iii) La información y la finalidad en la recabación de los datos personales. 53
(iv) Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. 53
DERECHOS DE IMAGEN. 55
(i) Derechos de imagen, protección de datos y propiedad intelectual. 56
LAS COMUNICACIONES COMERCIALES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. 61
(i) El consentimiento. 61
(ii) La importación de correos electrónicos en redes sociales. 63
(iii) ¿Es el correo electrónico un dato personal? 63
(iv) El deber de Secreto y el correo electrónico. 64
(v) Obligaciones legales de un newsletter. 66
CÓDIGOS FUENTE 68
COMBINACIONES ALEATORIAS CON FINES PROMOCIONALES. 69
(i) Distinguir si la acción en cuestión es un Concurso o una Combinación Aleatoria. 69
(ii) La redacción de bases legales. 70
(iii) Importancia de protocolización de bases legales y realización de sorteos ante notario. 70
(iv) Impuestos y Tasas. 70
(v) Protección de datos personales. 71
(vi) Las creatividades que promocionan un concurso o un sorteo. 72
(vii) Sorteos y promociones en *facebook*. 72
(viii) Gamificación. 73
COOKIES. 75
MENORES DE EDAD. 78
MARKETING VIRAL. 79
(i) MARKETING VIRAL: RESOLUCIÓN R/00139/2008 80
GUÍA SOBRE EL USO DE LAS COOKIES. 90

MARCAS

¿Se pueden utilizar las marcas de terceros en acciones SEO o en la selección de palabras clave para que nuestra marca salga destacada en la página de resultados?

El titular de una marca tiene un derecho exclusivo sobre la misma que le permite impedir que un tercero proceda a su utilización si no es bajo su consentimiento. En este sentido, debe advertirse que por utilización de la marca no sólo se debe entender un uso evidente de la misma, sino cualquier uso que implique el aprovechamiento del renombre y reputación ajena.

El artículo 34 de la **Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas**, establece que el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico, añadiendo que el titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico.

Formas:

a) La utilización de metanames:

Introduciendo en el código fuente de nuestro web site marcas de terceros, para obtener resultados preferentes en los resultados de búsquedas de potenciales clientes.

b) Los enlaces patrocinados en motores de búsqueda:

Es el caso de un usuario que realiza una búsqueda de una marca concreta y se le muestra en las páginas de resultado a un tercer anunciante. Se produce porque éste ha seleccionado como palabras clave las marcas de un competidor. Recodar que Google ofrece propuestas de palabras clave y se exime si existe cualquier coincidencia con una marca registrada.

c) En el propio código fuente del web site:

Con el objeto de mejorar el posicionamiento en Google utilizamos marcas de terceros, que muchas veces no somos conscientes que están previamente registradas.

Todo lo anterior puede dar lugar a una infracción de los derechos de propiedad industrial del titular de la marca, ya que se trataría de un acto de competencia desleal. Recordemos que las infracciones de marca pueden originar responsabilidades penales.

Copyright Riestra Abogados 2013

Casos:

1) Se permite el uso de la marca por un distribuidor autorizado.

El tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) dictó una sentencia que viene a clarificar la aplicación de estos principios (caso "Primakabin/Portakabin", Holanda). La causa que antecede a la dictación de la sentencia, trata en particular sobre la utilización que hace la empresa demandada de la marca del demandante en conjunto con otras palabras similares a dicha marca, en el servicio adwords de Google. Cabe señalar que la mercantil demandada vendía productos de la marca en cuestión. Para resolver el conflicto, y considerando la prohibición que tiene todo tercero de utilizar la marca registrada de otro, para resolver el conflicto, el tribunal establece que una marca cumple al menos con dos funciones diferentes:

- La función de *"indicación del origen":* a través de esta función precisamente la marca identifica el origen del producto o servicio, es decir se constata y confirma que la fuente de procedencia de los mismos es la empresa titular de la marca o de una empresa económicamente vinculada a ella.

- La función *"publicitaria":* que permite precisamente publicitar los productos o servicios protegidos con la respectiva marca.

Según el criterio del tribunal, en relación a la licitud en la utilización de la marca registrada por parte de un tercero en los servicios de referencia on line, como puede ser Google Adwords, la función de "indicación de origen", no debe verse dañada. Se cometerá una infracción respecto a esta función cada vez que el usuario medio no sea capaz de identificar el origen de los productos o servicios, confundiendo su procedencia, y en definitiva no pudiendo determinar si dichos productos provienen del titular de la marca o de un tercero no autorizado por ese titular. Lo anterior tiene estrecha relación con la comercialización leal, y conforme a derecho, que se haga de los productos o servicios. De esta forma, el titular de una marca tiene el derecho de determinar los canales de distribución de sus productos, y si un tercero los comercializa sin autorización, podría cometer una infracción contra la función de origen.

2) No se permite el uso.

Caso "Louis Vuitton", del año 2005, en virtud del cual el tribunal civil de Paris obligó al propio motor de búsqueda Google a indemnizar a la marca por permitir que los competidores utilizaran los términos "Louis Vuitton replica" y "Louis Vuitton fake" como keywords.

La ilicitud de lo anterior se acrecentaría si las marcas de terceros que han sido utilizadas son renombradas. Al menos este ha sido el criterio de los tribunales franceses para condenar al prestador de servicios. Si damos por sentado que el tercero no contraviene la función de origen de una marca, y de acuerdo al criterio establecido por la Corte de La Haya, que revisó el fallo recaído sobre el asunto holandés "Primakabin/Portakabin" en apelación, el demandado estaría en posición de redirigir a los usuarios directamente a su propia página, al considerarse que efectivamente éste ofertaba los productos de la demandante.

Copyright Riestra Abogados 2013

En relación a lo anterior, se debe decir en todo caso que las sentencias que distintos países de la Unión han emitido en esta materia no siempre son coincidentes, llegando incluso a señalarse por ejemplo por la jurisprudencia inglesa que la utilización de marcas en este contexto no sería ilegítimo sino en el caso de que el usuario visualice la marca en cuestión al realizar la búsqueda. No obstante lo anterior, debe considerarse que la ley de marcas no es la única normativa a la que se puede recurrir por parte del titular de una marca que se vea afectado por estas prácticas, sino que también podría aludirse a las normas de competencia desleal y a las normas de publicidad.

Copyright Riestra Abogados 2013

TITULAR DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: CONTENIDOS QUE APORTAN LOS USUARIOS EN LAS REDES SOCIALES

(i) Propiedad intelectual vs. propiedad industrial.
(ii) Los derechos patrimoniales de explotación.
(iii) Dominio público.
(iv) Soportes futuros.
(v) Derechos morales.
(vi) Contenidos aportado por los usuarios.
(vii) Cesión de derechos sobre los contenidos de los usuarios a la red social.

(i) Propiedad intelectual vs. propiedad industrial.

Cuando se habla de propiedad intelectual nos estamos refiriendo específicamente a la legislación relativa a **derechos de autor**, y que en España se encuentra regulada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI). Conviene hacer esta precisión por cuanto la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), al igual que la mayoría de las legislaciones anglosajonas tratan bajo ese concepto tanto a los derechos de autor como a los derechos que derivan de la regulación de marcas y patentes, conocida comúnmente como **"propiedad industrial".**

Los derechos de autor es un tema que preocupa a grandes compañías, y por ende al legislador, quien a nivel europeo y norteamericano ha intentado poner múltiples barreras a las consecuencias del avance tecnológico que ha traído consigo la diseminación cada vez más rápida y efectiva de contenidos, especialmente a través de las denominadas *redes peer to peer*.

Para comprender el papel fundamental que juegan las normas relativas a propiedad intelectual en el ámbito de las redes sociales, se hace necesario dar un breve repaso de lo que son los criterios fundamentales que regulan la materia.

El derecho de autor así concebido pertenece en su génesis al autor, que será la persona física que haya procedido a la creación de una obra; y desde el momento mismo de la creación, con independencia de cualquier tipo de registro y acto de divulgación.

En los derechos de propiedad intelectual se distinguen dos vertientes:

- el contenido patrimonial, y
- el contenido moral.

Copyright Riestra Abogados 2013

(ii) Los derechos patrimoniales de explotación.

Los principales derechos de explotación que recoge expresamente la ley son: **la reproducción, la distribución, la comunicación pública y la transformación.**

Como ya se dijo, los derechos de explotación pertenecen en origen al autor de la obra. Sin embargo, generalmente lo que hará el autor para poder proyectar la explotación será cederlos a terceros. Esta cesión puede ser de dos tipos:

- ***Cesión en exclusiva***: la cesión en exclusiva implica que la cesión del derecho cedido se realice únicamente a un solo titular, el que tendrá el monopolio de la explotación, incluso excluyendo al propio autor de la obra. La cesión en exclusiva permite al cesionario hacer a su vez cesión exclusiva o no exclusiva del derecho de explotación a terceros, cuando está permitido por el cedente (autor).

- ***Cesión no exclusiva:*** la cesión del derecho de explotación se puede realizar indistintamente a diferentes titulares, pudiendo todos explotar la obra en forma simultánea, incluyendo al propio autor de la obra, el que podrá seguir cediendo los derechos o explotando por su propia cuenta. Este tipo de cesión, no permite que el cesonario realice cesión del derecho a un *tercero.*

(iii) Dominio público.

Importante recordar que los contenidos que nos encontramos en Internet por lo general tienen propietarios y por lo tanto su uso lo decidirá el titular de esos derechos. *El hecho de que nos encontremos contenidos en Internet no significa que estén libres de derechos.*

Los contenidos protegibles por propiedad intelectual aunque son objeto de propiedad para su autor, en un momento determinado pasan a "dominio público". **En España las obras pasan a dominio público a los 70 años desde la muerte del autor.**

Artículo 26. LPI. Duración y cómputo

Los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento.

Los contenidos en dominio público son todos aquellos contenidos que por sus características fueron objeto de protección, pero que por el transcurso del tiempo, su utilización se torna completamente libre, debiendo respetarse en todo caso la paternidad y la integridad de la obra. Por ejemplo en Europa los derechos de ciertos dibujos animados están ya en el dominio

Copyright Riestra Abogados 2013

público, pero hay que tener especial cuidado porque pueden estar registrados como marca y éstas salvo renuncia del titular, no pasan a dominio público.

(iv) Soportes futuros.

Se refiere a los soportes que alojen la obra. Por ejemplo, típica cláusula que suele incluirse en los contratos: *"para ser utilizados en todos los soportes actuales y futuros..."*. Para que las cesiones tengan plena validez, no pueden incluirse en ellas a aquéllos soportes que todavía no se hayan inventado. Esto no está permitido, y eventualmente pueden llevar a la nulidad de la cesión.

(v) Derechos morales.

Los derechos morales son todos aquéllos que pertenecen al autor por el hecho de la creación, y que corresponden a una esfera espiritual y moral de su creación. Están enumerados taxativamente por la Ley de Propiedad Intelectual. Los más importantes son la **Paternidad y la Integridad de la obra.**

Sus características principales radican en que, a diferencia de los derechos de explotación, *estos no pueden ser cedidos*, ni aun existiendo una declaración expresa del autor, por cuanto son de carácter **personalísimo e inalienable**, no pudiendo ni siquiera ser objeto de herencia.

Habiendo realizado este breve repaso por las normas fundamentales de Propiedad Intelectual, veamos cómo afectan éstas a las redes sociales, en relación con los derechos de explotación

En una red social, es necesario distinguir, en primer lugar, dos tipos de contenidos susceptibles de protección, de acuerdo a quién los aporte:

- El contenido que aportan los usuarios.
- El contenido propio que aporta quien administra y es responsable de la red.

(vi) Contenidos aportados por los usuarios.

Las redes sociales ofrecen aplicaciones a los usuarios que les permiten subir una pluralidad de contenidos. Muchos de esos contenidos serán susceptibles de protección de acuerdo a las normas de propiedad intelectual.

En primer lugar cabe señalar que la doctrina que regula la materia exige para que una creación sea protegible, las características fundamentales de **originalidad y complejidad mínimas** que

Copyright Riestra Abogados 2013

permitan calificar a la creación como una obra. De acuerdo a este criterio, no todas las aportaciones literarias y trabajos plásticos, por ejemplo, serían obra, sino sólo en la medida de que guarden la característica de originalidad. Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales no se muestra constante en este sentido, llegando a calificar de obra, por ejemplo, al manual de instrucciones de instalación de una mampara de baño. Es por esto que en la práctica lo mejor es que la generalidad de los contenidos que sean subidos por los usuarios sean tratados como obras; de esta forma se uniformará el tratamiento y se evitarán, en principio, problemas que puedan surgir en este contexto con los usuarios que reclamen la titularidad de determinados contenidos.

Los contenidos aportados por los usuarios pueden ser de lo más variados y dependerá principalmente de las posibilidades que ofrezca la red. Los más comunes son los comentarios que se realizan a videos; textos literarios, fotografías, entre otros.

El primer problema que se presenta es saber si los contenidos que se suben a la red son propios de los usuarios, vale decir, si son de su "autoría", o si en cambio el material pertenece a la autoría de otros. Esta cuestión es fundamental por cuanto exponer contenido ajeno sin las autorizaciones pertinentes puede devenir en demandas de alta cuantía principalmente por realizar una reproducción y una comunicación pública inconsentida. A esto agregamos el doble problema que se produce a nivel de fotografías, en donde no sólo se comprometen derechos de autores y realizadores sino que además el derecho de imagen que corresponde reivindicar a quienes hayan sido retratados.

Consecuencia de lo anterior es que el responsable de la red social debe protegerse ante posibles reclamaciones de esta índole. Es difícil, sino imposible saber a ciencia cierta cuál es la proveniencia real de los contenidos, por ello se han ideado diferentes mecanismos que permitan eximir finalmente de responsabilidad a la red social:

1. Cláusula de garantía y originalidad. Las condiciones generales de contratación deben exigir a los usuarios que sus contenidos sea propios y originales (originales en el sentido de no ser copias), estableciendo expresamente que se exime de toda responsabilidades por eventuales reclamaciones de esta índole;

2. Contar con las autorizaciones respectivas, en caso de que siendo el usuario autor del contenido, éste involucre derechos de terceros. Por ejemplo, en el caso de fotografías, exigir que el usuario autor/realizador tenga a su favor una cesión de derechos de imagen del retratado;

3. Ofrecer una posibilidad a quienes vean expuestos contenidos propios sin su consentimiento, de establecer un reclamo formal ante los responsables de la red.

Copyright Riestra Abogados 2013

(vii) Cesión de derechos sobre los contenidos de los usuarios a la red social.

Los contenidos cuya autoría corresponde al usuario deben ser cedidos para ser visualizados en la web. Es así porque exponer el contenido en la web implica la explotación de la obra a través del *derecho de reproducción* (que posibilita que el contenido pueda alojarse en los servidores) y de *Comunicación Pública* (que supone "mostrar" la obra sin distribución de ejemplares).

Al decir de algunos, también se ejerce el derecho de *"transformación"* por el cambio de formato que pueda experimentar la obra para poder ser adaptada a los requerimientos técnicos que exige la Web, cuestión que no es compartida por todos los criterios.

La cesión de los contenidos debe exigirse en las condiciones de uso o condiciones generales de la Web.

La autoría de los contenidos siempre pertenecerá a los usuarios, ya que la paternidad de las obras es uno de los derechos morales de que goza el autor. Los derechos de explotación en cambio, como ya se vio, pueden ser cedidos.

Existen ejemplos de redes sociales en las cuales solicitan la cesión de todos los derechos de propiedad intelectual con carácter exclusivo e indefinido. A nuestro parecer y de forma general nos parece un abuso donde podrían plantearse cuestiones de nulidad contractual.

Recomendamos que la cesión sea de carácter no exclusivo por cuanto:

- *El servicio que ofrece el web site básicamente trata sobre reproducir y comunicar los contenidos que los mismos usuarios suben a la red. En este sentido, son los usuarios quienes posibilitan que esa red funcione como tal, por lo tanto exigir una cesión exclusiva de contenidos, se presenta desproporcionado.*

- *Dentro del concepto de la red social resulta al menos chocante y conflictivo con principios tales como la libertad de expresión o de información;*

- *El contenido generalmente ya estará incluso en otras redes sociales o foros, por lo que será difícil reclamar una exclusividad, teniendo en cuenta además el tremendo grado de dificultad que significaría fiscalizar el esparcimiento de aquéllos contenidos y su evidente imposibilidad de perseguir a eventuales infractores.*

- *A todo esto se suma que una buena parte de usuarios probablemente no querrían subir los contenidos por temor a perder el control sobre los mismos.*

En cuanto al límite temporal, la actual ley de propiedad intelectual permite que los derechos de explotación sean cedidos hasta por 70 años post mortem autor, pero no significa que se pueda exigir una cesión por todo el tiempo de duración de los derechos, tiene que existir una proporcionalidad y un justo equilibrio entre la cesión a "perpetuidad" y la contraprestación, ya que podrían interpretarse por un juez como cláusulas nulas.

Copyright Riestra Abogados 2013

Respecto al ámbito territorial, y por la naturaleza del medio por el cual se establece una red social (internet), se podrá exigir un ámbito de explotación a nivel mundial.

Reformas legislativas.

El 22 de marzo pasado el Ministro de Educación, Cultura y Deporte elevó al Consejo de Ministros la propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Dentro de las reformas propuestas, destacan los cambios en lo que respecta a la regulación de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, y lo relativo a la regulación de la copia privada, esto último ante la complejidad que presentaba discriminar las ventas de aparatos y soportes a profesionales y privados. (En el "caso Padawan" el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de octubre de 2010 señaló que la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme a la Directiva 2001/29/CE).

Sin embargo, dentro de las novedades más significativas, se encuentra la regulación contra la piratería, y en concreto contra las webs de enlaces que hasta el momento, a nivel jurisprudencial, no se consideran atentatorias contra los derechos de propiedad intelectual. Los tribunales han resuelto sistemáticamente que insertar un enlace a una web de descarga no configura un acto de explotación no consentida por parte de sus titulares. A través de la reforma, en el fondo se pretende que la inserción de enlaces se configure como un acto de explotación, y así en definitiva con la aplicación de la ley, tener la herramienta para cerrar dichos sitios. A estos efectos, se plantea que los prestadores de servicios de la sociedad de la información, colaboren "activamente", requiriéndoles que interrumpan los servicios que prestan a este tipo de páginas. De esta obligación quedarían expresamente excluidos los motores de búsqueda, ya que se entiende que éstos ejercen una "actividad neutral", al no consistir su actividad principal en facilitar de manera específica la localización de contenidos protegidos ofrecidos ilícitamente de manera notoria o que meramente enlacen ocasionalmente a tales contenidos de terceros. Si bien es cierto que la reforma todavía está en fase de anteproyecto, dadas las presiones provenientes especialmente desde Estados Unidos, es muy probable que finalmente por la vía legal, se desestime el criterio ya instalado en la jurisprudencia. Ante esta situación, y en lo que respecta a la creación y desarrollo de acciones de marketing, debemos tener la precaución de no cometer ningún acto que pueda vulnerar derechos de terceros, y en concreto, evitar enlaces de cualquier tipo a contenidos protegidos por copyright. Lo anterior, además de las recomendaciones que se hacen en este documento bajo el epígrafe "Enlaces".

Copyright Riestra Abogados 2013

RESPONSABILIDAD DE LOS COMENTARIOS O TEXTOS.

El usuario será el responsable de los contenidos que aporte en la red social, por lo que deberá tener especial cuidado con no infringir los derechos de terceros y sobre todo con respetar los derechos fundamentales y la dignidad de las personas.

¿Qué responsabilidad tienen entonces los soportes o redes sociales que albergan dichos contenidos?

(i) Contenidos y responsabilidad de los prestadores de servicios:

El artículo 16 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI), sobre los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos nos dice que estos prestadores tendrán responsabilidad siempre que

(i) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

(ii) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

En diversas ocasiones, los contenidos que los usuarios incorporan a internet, se constituyen como objeto de protección de diversas normas, y especialmente de las normas de propiedad intelectual. Cabe preguntarse, quién es responsable por la reproducción y comunicación de esos contenidos ante los legítimos titulares que pueden ver lesionados sus derechos.

***En general,* se estima que los prestadores de servicios no son responsables por los contenidos de los usuarios.** De esta forma la Directiva europea sobre el comercio electrónico 2000/31/CE Directiva establece en su artículo 14:

> *"Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que*
>
> *a) el prestador de servicios n**o tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita** y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito…"*

Añade la Directiva en su artículo 15 la inexistencia de una obligación general de supervisión, señalando:

Copyright Riestra Abogados 2013

> "Los Estados miembros **no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar** los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas…"

Por lo tanto, y en la práctica, la responsabilidad de los prestadores de servicios depende del grado de **"conocimiento efectivo"** que hayan podido alcanzar, y se desarrolla a través de la *debida diligencia* que deban aplicar después que hayan obtenido el conocimiento necesario, entendiéndose desde cierta línea interpretativa que dicho conocimiento sólo se adquiere en la medida en la que exista un requerimiento judicial formal.

¿Qué señala la jurisprudencia?

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), confirmó este criterio en su sentencia de 16 de febrero de 2012. En el conflicto, elevado a dicho tribunal en virtud de una cuestión prejudicial por parte del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, se discutía sobre la responsabilidad de la red social Netlog respecto a los contenidos de sus usuarios, y en concreto respecto a obras musicales que formaban parte del repertorio de la sociedad de gestión SABAM. Netlog señaló que intentar imponer una obligación general de supervisión no era posible, dada la normativa vigente en Bélgica, que precisamente traspone el comentado artículo 15 de la Directiva citada. El TJUE, acogiendo los argumentos de Netlog, estableció en dicha sentencia que no es posible obligar al prestador a aplicar un filtro para identificar los contenidos protegidos, ya que esto además implicaría establecer un sistema informático altamente gravoso, y muy complejo desde el punto de vista técnico, que tendría que costear íntegramente el propio prestador, cuestión que resultaría atentatoria en contra de la libertad de empresa. Otro aspecto importante a destacar, radica en la posible intromisión a datos personales de los usuarios, y a su libertad de recibir o comunicar informaciones, ya que cabría la posibilidad de que dicho sistema de filtrado no distinguiera con suficiente eficacia contenidos lícitos e ilícitos.

No obstante el criterio de las autoridades europeas, la normativa adquiere ciertos matices según sea el caso de que se trate. Así por ejemplo, recientemente la Audiencia Provincial de Hamburgo dio la razón a la entidad GEMA, que representaría a más de sesenta mil artistas, y en definitiva estableció que Youtube era el responsable único de evitar que los usuarios colgaran videos que violaran derechos de autor, y esto pese a que Youtube alegó que no era responsable de los contenidos que descargaban los usuarios. De esta forma, el prestador se encuentra actualmente obligado a negociar con la entidad de gestión Gema, a efectos de poder reproducir y comunicar los videos.

Por otra parte, y considerando que la responsabilidad por los contenidos protegidos por propiedad intelectual está íntimamente ligada con la protección de los datos personales, el 19 de abril pasado, el TJUE, dictó una sentencia que resolviendo una cuestión prejudicial, analizaba si era posible que los titulares lesionados en sus derechos de autor, pudiesen solicitar a los prestadores la identidad de sus abonados, con el objeto requerirles judicialmente de forma directa. En su momento, el operador de internet se opuso a la solicitud de identificar a sus abonados, afirmando, entre otros extremos, que el requerimiento solicitado es contrario

Copyright Riestra Abogados 2013

a la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

Al igual que en el caso Telefónica-Promusicae, el Tribunal determinó que La Directiva 2006/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de una normativa nacional, a efectos de la identificación de un abonado a Internet o de un usuario de Internet. De esta forma, cada Estado miembro tendría la libertad de legislar en esta materia. En España, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que traspone al derecho interno la mencionada Directiva no regula esta obligación en el caso de infracciones a la propiedad intelectual, limitando la obligación de conservación y cesión de datos en el caso de delitos graves.

(ii) Difamación en redes sociales.

La difamación en redes sociales a través de injurias y calumnias, puede tener una doble vertiente:

a) Si el anunciante es titular de una o más cuentas en redes sociales, y en relación a la responsabilidad que puede tener respecto a los comentarios que los usuarios puedan incorporar; y
b) Si el propio anunciante es el objeto de comentarios difamatorios.

En primer lugar, y antes de examinar brevemente ambas posibilidades, debemos señalar que las injurias y calumnias se constituyen como un delito.

El Código Penal señala en su artículo 205 que “Calumnia” es la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

En el artículo 208 del mismo cuerpo normativo, se indica que “Injuriar” es la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Sólo constituye delito en la medida en que sea “grave”, y si se han hecho con publicidad, la pena asignada al delito es mayor.

A lo anterior, se agregan las acciones legales que correspondan a la jurisdicción civil por la intromisión ilegítima en el derecho al honor, así como la reclamación de las cantidades a indemnizar por los posibles daños y perjuicios causados por la difamación.

Pasemos ahora a examinar las alternativas antes indicadas.

a) Nuestro cliente/anunciante es titular de una o varias cuentas en redes sociales. En este caso debemos tener presente la responsabilidad por los contenidos, y en concreto por los

Copyright Riestra Abogados 2013

comentarios que puedan hacer los usuarios, ya que si éstos resultan calumniosos o injuriosos, y en general difamatorios, quien haya vertido esos contenidos puede ser responsable incluso penalmente, pero también el anunciante como titular de dicho espacio, puede resultar comprometido por esa acción de tercero. Por lo anterior, las recomendaciones básicas en esta materia son las siguientes.

- Los foros siempre deben contar con un moderador y los comentarios deben ser filtrados, de esta forma evitamos desde el comienzo cualquier tipo de perjuicios en contra de una persona física o jurídica que pueda ser objeto de una eventual difamación.
- Si los controles anteriores no han funcionado o no se encuentran implementados, de inmediato y en cuanto se adquiera conocimiento de comentarios de este tipo, éstos deben ser eliminados. En este caso, no sirve como argumento el hecho de que dichos comentarios hayan sido vertidos por terceros. Es así como el Tribunal Supremo condenó en el año 2011 a un web site en el que se podían encontrar comentarios difamatorios en contra del cantante Ramoncín. En esa oportunidad, el tribunal no sólo condenó a retirar dichos comentarios, sino que además a pagar los perjuicios a la víctima y a publicar la sentencia a costa del titular del web. Por otra parte, a sabiendas del alto impacto que tiene la difamación a través de redes sociales, los tribunales están comenzando a obligar a publicar las sentencias en las mismas cuentas de los infractores. Así, por ejemplo, en España, a fines de 2012, el juez condenó a una concejala de Pamplona a publicar un tuit en su cuenta con el siguiente texto:

  "*Publico este tuit en cumplimiento de la sentencia de 11.10.12 del juzgado de 1ª instancia 5 de Pamplona, que declara que los tuits que remití el 18.03.11 vulneran el honor de Dña. [...]*")

b) Si el propio cliente es el objeto de comentarios difamatorios. Este caso puede llegar a ser muy grave, considerando la rápida difusión de cualquier información sin siquiera ser contrastada. Hoy en día los medios de comunicación y patrocinadores de espacios y programas tienen en alta consideración la opinión que los usuarios vuelcan en internet. A propósito de ello se pueden citar múltiples ejemplos, veamos algunos:

- "La Noria", programa de televisión de la productora La Fábrica de la Tele, y emitido por Telecinco. A raíz de una entrevista a uno de los implicados en una causa criminal, el programa tuvo que ser definitivamente cancelado de la programación pese al éxito de audiencia, debido a la campaña que se hizo a través de las redes sociales y que derivó en la retirada masiva de patrocinadores.
- Recientemente, por no controlar los criterios de publicación de fotos y videos de maltrato y agresiones sexuales a menores de edad, la propia red social Facebook sufrió una dura presión por parte de sus usuarios, la cual significó la huida de marcas patrocinadoras.

Vistos los ejemplos anteriores, en ningún caso por lo tanto, se puede desconocer la presión del "ciberactivismo". Ante esta situación, las recomendaciones variarán según el caso y gravedad, pudiendo ser algunas de ellas, desde dirigirse directamente a las redes sociales, utilizando los

Copyright Riestra Abogados 2013

mecanismos que puedan ofrecer para neutralizar este tipo de ataques o amenazas, si las injurias o calumnias se han vertido en dichas redes; el envío directo de un burofax a los propios infractores, o incluso iniciar las respectivas acciones legales para protección de los intereses de una empresa o marca. Lo importante es que el departamento legal gestione estos casos de forma eficiente y rápida, ya que la imagen y reputación de una compañía forman parte de sus activos intangibles más valiosos, y lamentablemente, ante su menoscabo, de más difícil recuperación.

Copyright Riestra Abogados 2013

ENLACES

Los enlaces a Web Sites de titularidad de terceros, se pueden enfocar desde un doble punto vista:

(i) Los links que incorporan los usuarios. Las condiciones de uso o condiciones generales deben establecer una cláusula que limite la responsabilidad del encargado de la red, respecto a los contenidos que se alojen en las páginas enlazadas, así como respecto de eventuales infracciones que puedan cometer los usuarios que realicen enlaces inconsentidos. Por lo tanto, debe quedar expresamente señalado que el usuario es el único responsable en este aspecto, si bien, el encargado de la red que tenga conocimiento y posibilidad de control respecto de un enlace abusivo, o ilegal, debería eliminarlo para evitar su responsabilidad.

Ver: Responsabilidad de los comentarios o textos

(ii) Los que establezcan los encargados de la red. Los enlaces que inserte el encargado de la red social son de su exclusiva responsabilidad. Es aconsejable:

a) Que al realizar enlaces con un sitio determinado, en primer lugar se examinen las condiciones de aquél sitio.

   Por ejemplo: web site que enlaza con un tercero que incite a cometer actos ilícitos, podría llegar a tener responsabilidad.

   Pueden existir sitios que incluso no autorizan enlaces, es difícil evitarlo aunque todo depende de la finalidad del enlace.

b) Se desaconsejan también los enlaces marco o "frame" porque puede existir una asociación de marcas que genere en conflicto.

c) Señalar que no tiene ninguna relación comercial o societaria con las empresas cuyas páginas se enlazan, si es que realmente no existiere tal relación.

En cuanto a la reforma del código penal, una vez pasado el trámite ante el consejo de ministros el pasado 20 de septiembre y si todo sigue su curso, los dueños, que con ánimo de lucro, de los web sites de enlaces a contenidos protegidos por copyright podrán ser condenados hasta con 6 años de cárcel. Se ha tratado de advertir que principalmente va dirigido a los dueños y administradores de los web sites de enlaces y en una nota prensa de Justicia se han apresurado a declarar que "en ningún caso se actuará contra usuarios o buscadores neutrales, ni contra los programas P2P que permiten compartir contenidos". Veremos la interpretación.

Hasta ahora:

Copyright Riestra Abogados 2013

Artículo 270 del código penal:

1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*

   No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.

Copyright Riestra Abogados 2013

RECUPERACIÓN DE NOMBRES DE DOMINIO

La recuperación de nombres de dominio es fundamental cuando un tercero se ha apropiado de dominios que se identifican con una marca registrada legítimamente, o cuando éstos son capaces de introducir un elemento de confusión en los usuarios, porque o bien son idénticos a uno ya existente, cambiando sólo la terminación (.es/.com, por ejemplo), o bien son muy similares, resultando evidente que ese tercero quiere aprovecharse de la reputación ajena.

En este caso, la normativa vigente posibilita acudir a un procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos, y que es llevado a cabo por un proveedor autorizado.

Ver para la resolución de conflictos de ***dominios."com",*** la lista de proveedores autorizados por el ICANN, (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) y la política de resolución de conflictos.

http://www.icann.org/es/help/dndr/udrp/providers.

Vamos a analizar por otra parte la recuperación de un ***dominio ".es",*** que nos puede servir de forma general como guía para fundamentar una reclamación de un dominio.com, siendo necesario:

- Presentar la solicitud ante un proveedor autorizado por la entidad pública empresarial Red.es, y que será el encargado de dictar la resolución en cuanto a dominios.es

- Es necesario poseer derechos previos de un nombre de dominio ".es" ya asignado. Para cumplir este requisito se puede demostrar desde la prueba de titularidad de un dominio idéntico o similar, hasta el registro de una marca.

- Se deben acreditar los motivos por los que el registro del nombre de dominio ".es" es de carácter especulativo o abusivo. En la práctica, suele suceder que el carácter especulativo provenga de aquéllos sitios carentes de contenido (por ejemplo, aquéllos que sólo alojan enlaces, u ofertas o avisos publicitarios).

- Deben expresarse los motivos por los que el nombre de dominio ".es" es idéntico o similar hasta el punto de crear confusión con otro término sobre el que el Demandante alega poseer Derechos Previos. La identificación de ambos dominios puede ser completa, variando sólo la terminación, o puede existir una gran similitud entre ambos. Esto demostraría un abierto ánimo de aprovecharse de la reputación ajena, en base a la confusión que probablemente experimente el usuario, haciéndole navegar obligatoriamente por un sitio que realmente no era el que buscaba. Además en muchas ocasiones, la reputación ajena servirá para que el usuario crea que este web es un afiliado o está siendo promocionado por quien ve afectado sus derechos.

- Se debe señalar la razón por la que se considera que el Demandado carece de derechos o intereses legítimos sobre el nombre o nombres de dominio objeto de la demanda. Carecerá de

Copyright Riestra Abogados 2013

derechos por ejemplo, si su dominio no está sustentado en una marca registrada o si se pone de manifiesto que su objeto ha sido aprovecharse del nombre o reputación de otro.

- Deben expresarse los motivos por los que debe considerarse que el nombre de dominio ha sido registrado o se esté utilizando de mala fe. Cabe recordar que los *"cybersquatters"* tiene precisamente como actividad registrar dominios que eventualmente puedan interesar a alguna marca, con el objeto de comerciar con el mismo dominio, o confundir al usuario. Ante esta situación, hace ya un tiempo Google tomó la decisión de no incluir publicidad en esta clase de sitios, como forma de desalentar esta práctica.

- Es muy importante que la solicitud se establezca de forma clara si la intención del afectado es que ese dominio sea "cancelado" o "transferido" a su titularidad.

Es importante destacar en todo caso, que la vía judicial siempre queda abierta a las partes.

Copyright Riestra Abogados 2013

PUBLICIDAD EN REDES SOCIALES

Como todos sabemos el concepto web 2.0 aporta un grado de personalización cada vez más sofisticado. Las estrategias y herramientas de CRM *(Costumer Relationship Management)* permiten generar perfiles a los cuales orientar los contenidos publicitarios ya segmentados.

Según un Informe de la Agencia de Protección de Datos del año 2002 respecto al sector de Internet, se determinó que:

> *"Cuando se haya previsto que los datos sean utilizados de forma que los usuarios puedan ser segmentados, a partir de la información personal y comercial que consta en los ficheros, se informará claramente de esta circunstancia al usuario en el momento de recabar sus datos."*
>
> *"Así mismo se le concederá la facultad de oponerse a esta modalidad, indicándole el procedimiento que deberá seguir en el caso que decida hacer uso de ella."*

La regulación de la publicidad segmentada, *"Online Behavioural Advertising",* y en su extensión el concepto de *"Big Data",* será el futuro paradigma de la defensa de los derechos civiles en las próximas décadas.

Ver: Cookies.

(i) Publicidad ilícita.
(ii) Publicidad distribuida a través de notificaciones automáticas.
(iii) Publicidad contextual, "*Targeted Advertising*".
(iv) Publicidad editorial. "*Contextual Commerce*".
(v) Publicidad en foros y blogs.
(vi) Conductas habituales contrarias a la normativa:
- Abuso de la buena fe de los consumidores: cláusulas abusivas y engañosas.
- Envío de publicidad sin el previo consentimiento del afectado.
- Inexistencia de medios de oposición al envío de comunicaciones comerciales.
- Falta de información en la publicidad relativa a promociones, concursos y sorteos.
- Publicidad dirigida a menores.

(vii) Publicidad comparativa.
(viii) Emplazamiento de Productos y Publicidad Encubierta.
(ix) Públicos Personalizados.

Copyright Riestra Abogados 2013

(i) Publicidad ilícita.

Existe un principio general en publicidad: "**La publicidad debe ser honesta y veraz".** Por ejemplo, cuando se utilizan testimoniales deben ser reales.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad es la norma básica que regula todos los aspectos relativos a la publicidad, en cualquier tipo de medio.

El artículo 2 de esta ley define publicidad como: *"toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el 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 obligaciones".*

Los primeros párrafos de la Ley General de la Publicidad están dedicados a definir qué es la publicidad ilícita.

El artículo 3 establece el concepto de **publicidad ilícita**

a) La publicidad que **atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución**, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

b) La publicidad **dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores.** No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad **subliminal.**

d) La que **infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios**.

e) La publicidad **engañosa,** la publicidad **desleal** y la publicidad **agresiva**, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

Copyright Riestra Abogados 2013

(ii) Publicidad distribuida a través de notificaciones automáticas.

Algunas redes sociales informan a los contactos/amigos del usuario acerca de la interacción que realiza el usuario en otras partes del sitio Web de la red social, sitios Web asociados o perfiles de amigos/contactos. De igual manera, cuando el usuario realiza una interacción con un Widget diseñado por/para la empresa, o con un Widget diseñado para mostrar publicidad, los contactos del usuario también son notificados. Es importante recordar que todo este tipo de comunicaciones deben contar con los consentimientos de los usuarios.

(iii) Publicidad contextual (Targeted Advertising).

La publicidad contextual es publicidad segmentada al contenido del perfil o sitio Web en el que se está mostrando, o de acuerdo a los intereses del usuario.

Debido a la cantidad de información específica que posee una red acerca de sus usuarios, es posible dirigir una publicidad a un usuario muy específico con facilidad. El anunciante al momento de contratar con la red tiene la posibilidad de elegir un número de parámetros que definirán a qué tipo de persona irá dirigida su publicidad. Ejemplos de los parámetros que una empresa puede elegir para dirigir su publicidad son: edad, nivel de educación, ubicación geográfica, género, intereses. Pero actualmente es tal la complejidad de parámetros utilizados o es tal el nivel de marcadores que generan perfiles que no es de extrañar la preocupación que existe en Europa por tratar de regular y proteger la privacidad de los usuarios.

Ver: Cookies.

(iv) Publicidad editorial. “Contextual commerce”.

Se trata de identificar un web site o un canal de un web que es afín al público objetivo de la compañía, una vez identificado, celebran entre ambos un acuerdo de patrocinio, en el que el patrocinador suministrará contenidos de interés para los usuarios de esas páginas, y donde la marca del patrocinador estará más o menos evidente.

La marca transmite más credibilidad en un contenido editorial, pero se corre un alto riesgo en el momento que los usuarios no sepan distinguir contenidos objetivos de publicitarios.

En cierta medida nos encontramos con algo parecido en grandes medios de comunicación off-line, cuando los contenidos “publicitarios” de las filiales del grupo son presentados como información.

Copyright Riestra Abogados 2013

(v) Publicidad en foros y blogs.

"Pagar a terceros por prescribir productos y servicios".

En un principio y sin entrar en valoraciones legales, parece que estamos ante un uso perverso del medio, y no olvidemos que puede volverse contra la propia marca.

Desde el punto de vista legal y dependiendo de cómo se desarrolla el foro, bien podría tratarse de publicidad desleal, ilícita e incluso engañosa.

El art. 20 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) "establece que las comunicaciones comerciales por vía electrónica deberán identificarse como tal, y deberán indicar la persona física o jurídica en nombre de quien se realizan. 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".

El Anexo F de la LSSI define qué se entiende por comunicación comercial:

*"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".*

A efectos de esta Ley no tendrán la consideración de comunicación comercial, las relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

Ver Word of Mouth Marketing Association. WOMMA

(vi) Conductas habituales contrarias a la normativa en Internet:

1. Abuso de la buena fe de los consumidores: cláusulas abusivas y engañosas.

Es habitual encontrarse información en anuncios on-line como la que ofrecen expresiones: *"sólo hasta fin de existencias"*, o "*la empresa se reserva el derecho a modificar los precios o las condiciones del contrato"* o *"los productos mostrados en las fotografías pueden no coincidir con las especificaciones detalladas en el texto*",... las cuales son contrarias a la normativa. Con este tipo de cláusulas, los anunciantes intentan impulsar las ventas y reservarse el derecho a una libre interpretación de las condiciones a costa de la desinformación del consumidor, **a quien no se le informa de una forma clara de las condiciones de adquisición del producto en concreto y por tanto está expuesto al libre albedrío del anunciante.** El consumidor ha de disponer de toda la información relevante que le permita La **Ley 7/1996 de Ordenación de**

Copyright Riestra Abogados 2013

Comercio del Minorista, que en su artículo 40 establece que la información que por ley ha de facilitarse al consumidor debe entregarse de forma veraz, eficaz y suficiente.

2. Envío de publicidad sin el previo consentimiento del afectado.

El envío masivo de publicidad a través de correo electrónico está regulado a través de la **Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI)** que sanciona este tipo de actuaciones cuando no existe el consentimiento del afectado. Esta ley establece una serie de obligaciones a la hora de realizar comunicaciones publicitarias, entre ellas, la de **contar con el consentimiento del afectado**. Es muy común encontrar en Internet formularios de recogida de datos para el envío de publicidad o información acerca de un producto en concreto. Este tipo de formularios han de estar debidamente regulados conforme a la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, para recabar con todas las garantías legales los datos de los afectados. La propia comunicación, igualmente ha de cumplir una serie de requisitos como la denominación de la naturaleza del envío a través de la palabra *"publicidad" o "publi",* y el ofrecimiento al afectado de la posibilidad de oponerse al envío de comunicaciones o darse de baja en estos servicios publicitarios a través de una vía inmediata y gratuita.

Situación diferente se da en los casos en los que el envío de publicidad responde a una previa relación contractual. Según la LSSI en su artículo 21.2, *"Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente*"

3. Inexistencia de medios de oposición al envío de comunicaciones comerciales.

Otro error muy común en la publicidad Online, como ya hemos comentado antes, es la inexistencia o la pobre existencia de vías a través de las cuáles, el usuario pueda oponerse al envío de información publicitaria. Los afectados podrán oponerse en cualquier momento a la recepción de información comercial, y para ello la LSSI establece en su artículo 2:

> *"En todo caso, el prestador 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 recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija".*

Se han de establecer unos **medios adecuados, gratuitos e inmediatos**, para que el afectado pueda oponerse a este tipo de publicidad. Los medios han de ser proporcionales al tipo de envío, es decir si la información es vía e-mail, se pondrá a disposición del usuario una dirección

Copyright Riestra Abogados 2013

de correo electrónico válida con la que poder ejercer el derecho de oposición a la recepción de publicidad. En la utilización de otros medios, como pueden ser los SMS, se puede habilitar, por ejemplo, una línea telefónica gratuita, de tal forma que el usuario, con solo responder al SMS a través de su teléfono móvil, podrá oponerse al envío de comunicaciones comerciales.

4. Falta de información en la publicidad relativa a promociones, concursos y sorteos.

En aquellas campañas publicitarias en las que se incluya cualquier tipo de promoción, concurso o sorteo, además de una correcta regulación, **tanto de las bases como de la mecánica, se ha de poner a disposición del usuario toda la información relativa a tales promociones.** Lamentablemente se puede observar no en pocas ocasiones la práctica incorrecta de relegar al usuario a un segundo plano, no proporcionándole una información completa y veraz en lo que a sorteos y concursos se refiere. El no ofrecer al usuario de forma inmediata (sin tener que realizar acciones extras) la información fundamental de la promoción puede generar problemas con los organismos de consumo.

5. Publicidad dirigida a menores.

Son cada vez más los menores que actualmente acceden a contenidos publicitarios a través de Internet sin disponer de un control que filtre la información que llega hasta ellos. Es por ello, que se debe tratar con sumo cuidado la publicidad dirigida a este sector.

Es de interés los seis principios básicos contenidos en el Código Deontológico para la Publicidad Infantil elaborado por la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEFJ) junto con varias Asociaciones de Consumidores. Con ello tratamos de mostrar unos principios generales a tener en cuanta. Estos seis principios son:

1. Los anunciantes deben tener siempre en cuenta el nivel de conocimiento, sofisticación y madurez de la audiencia a la que dirigen su mensaje principalmente. Los niños más pequeños poseen una capacidad limitada para evaluar la credibilidad de la información que reciben. Por lo tanto, los anunciantes tienen que ser responsables a la hora de proteger a los niños de sus propias sensibilidades.

2. Reconocer la naturaleza imitativa de los niños pequeños debe llevar a los anunciantes a extremar sus cuidados para no hacer que la violencia sea atractiva o presentarla como un método aceptable para conseguir metas sociales o personales.

3. Reconocer que la publicidad puede jugar un papel en la educación infantil por lo que debe hacer que los anunciantes transmitan la información de forma sincera y precisa, conscientes de que el niño puede aprender cosas de la publicidad que afecten a su salud y a su bienestar.

4. Los anunciantes deberán capitalizar el potencial de la publicidad para influir en el comportamiento haciendo anuncios de buen gusto y, siempre que sea posible, que contengan

Copyright Riestra Abogados 2013

referencias a conductas positivas, beneficiosas y pro-sociales, tales como la amistad, la amabilidad, la honestidad, la justicia, la generosidad, la protección del medio ambiente y el respeto tanto a los demás como a los animales. Además, la publicidad no debe presentarse de una manera provocativa sexualmente.

5. Los anunciantes deben extremar sus cuidados para no inducir a error a los niños. En efecto, un anuncio no debe, directa o indirectamente, estimular unas expectativas poco razonables sobre la calidad del producto o sobre sus prestaciones. Hay que comprender que los niños tienen imaginación y que el juego de la simulación constituye una parte importante de su crecimiento; los anunciantes no deben explotar la capacidad imaginativa de los niños.

6. Los padres son uno de los agentes que más influyen en el desarrollo personal y social del niño. Son también su guía. En este sentido, los anunciantes deberían contribuir a desarrollar la relación padres-hijos de una manera constructiva.

Una cuestión muy importante cuando en las acciones publicitarias se recaban datos de menores es la aplicación de los criterios de la buena fe en su sentido más estricto, aparte de solicitar el consentimiento de los padres o tutores legales según la edad del menor.

Ver: Menores de edad

(vii) Publicidad comparativa.

La publicidad comparativa es aquélla por medio de la cual un oferente compara sus productos con otros competidores, con el objeto de reorientar las preferencias y gustos de los usuarios.

La publicidad comparativa es beneficiosa, ya que permite a los consumidores conocer las ventajas de un producto, y además estimula la competencia. No obstante, **para que sea lícita** debe adecuarse de forma estricta a los requisitos que la **Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal,** establece, destacándose principalmente:

a) **Que los bienes o servicios comparados tengan la misma finalidad o satisfagan las mismas necesidades.**

   Los servicios o bienes ofrecidos deben presentar un grado de sustitución, de tal manera que la publicidad intente cumplir el objetivo de atraer consumidores al producto que oferta. La sustitución se basa en que los productos comparados satisfacen necesidades idénticas. (Sentencias de 27 de febrero de 1980, Comisión/Reino Unido, 170/78, Rec. p. 417, apartado 14, y de 9 de julio de 1987, Comisión/Bélgica, 356/85, Rec. p. 3299, apartado 10).

Copyright Riestra Abogados 2013

b) **Que la comparación se realice de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.**

La publicidad comparativa tiene como finalidad mostrar de modo objetivo las ventajas que un producto puede tener sobre otro. Por ello, deben destacarse aquéllas características que permitan precisamente enfatizar las diferencias esenciales, y de esta forma tratar de orientar las preferencias del consumidor. La utilización de una marca u otro signo distintivo, no atenta contra el derecho de marca, puesto que su objetivo consiste solamente en distinguir los productos y servicios del anunciante de los de su competidor y por tanto resaltar las diferencias de forma objetiva. (STJCE 25 de Octubre 2005).

c) **En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.**

d) **No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.**

e) **La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.**

En Relación al requisito que indica que no está permitido obtener una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, se debe tener en cuenta que la utilización de elementos, logos o signos distintivos pertenecientes a otra marca o empresa, se deben utilizar en la medida que resulten necesarios para hacer la distinción que se pretende. Por ello, cualquier otro tipo de uso que exceda el objetivo de mostrar las diferencias, se considera fuera del amparo de la ley, y en definitiva se entenderá que una de las finalidades de la publicidad es aprovecharse de la reputación ajena.

Un aspecto imprescindible en este tipo de publicidad radica en que el anunciante debe cumplir siempre con el **principio de veracidad**. Esto significa que las comparaciones que se realicen deben fundamentarse en estudios y análisis de entidades que tengan cierta reputación en el medio, y que arrojen datos reales y demostrables, de lo contrario el anunciante puede encontrarse en un supuesto de publicidad engañosa.

Por otra parte, cuando se realicen acciones comparativas, debe tenerse especial precaución en no utilizar términos desdeñosos o denigrantes respecto de la competencia, es decir, no podemos extralimitar la comparación hasta el punto de menoscabar la marca y/o el producto del competidor.

En conclusión, la publicidad comparativa, debe ajustarse a las condiciones legales que exige el legislador comunitario y nacional. De ser así, la práctica de la comparación entre los distintos

Copyright Riestra Abogados 2013

oferentes es positiva especialmente para los consumidores, quienes podrán apreciar las principales características de los productos y el estado actual de la competencia.

(viii) Emplazamiento de Productos y Publicidad Encubierta.

Recientemente el Tribunal Supremo, mediante sentencia 2729/2012, resolvió no dar lugar a un recurso de casación interpuesto con motivo de un conflicto surgido en relación con el emplazamiento de productos (product placement), y la publicidad encubierta. La diferencia entre ambos conceptos es fundamental, considerando que mientras el emplazamiento es totalmente legítimo (es más, es un derecho para anunciantes y medios, tal como veremos); la publicidad encubierta esta sancionada por la normativa vigente. Por lo anterior, resulta útil hacer un breve repaso a los elementos más importantes de cada uno.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual señala que "Mensaje publicitario" es:

Toda forma de mensaje de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones.

Por lo tanto, la promoción de un producto o servicio, en cualquier medio, sea indirecta o indirecta, se considerará siempre publicidad.

¿Qué es el "Emplazamiento de Productos"?

La citada Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, lo define diciendo que es:

> *"Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa".*

El emplazamiento así definido, y a tenor de esta misma ley, se constituye como un derecho, tal como señala su artículo 17:

> *"Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir con emplazamiento de productos en largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento".*

En el resto de programas únicamente se podrá realizar el emplazamiento de productos a cambio del suministro gratuito de bienes o servicios, así como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa.

Copyright Riestra Abogados 2013

Por lo tanto, el emplazamiento, que constituye una práctica habitual en el sector audiovisual, es en definitiva una forma especial de hacer publicidad, de forma indirecta, a través de la cual aprovechando la notoriedad de determinados espacios generalmente televisivos, se hace referencia, se muestra o se incluye un producto, **pero sin destacar o ensalzar sus características, ni llamando directamente la atención del usuario.**

¿Cómo se define la "Publicidad Encubierta"?

La publicidad encubierta, se refiere directamente, pero de forma encubierta e intencionada, al producto en sí, y por lo tanto, y aún cuando esté más o menos adaptada al contexto de una serie o programa, resulta notorio que se desea reclamar la atención directa del consumidor, quien puede no saber o no distinguir que está en presencia de publicidad.

> *La ya citada ley Comunicación Audiovisual, la define señalando que es:*
>
> *"La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio".*

¿Cuál es la diferencia entre el Emplazamiento y la Publicidad Encubierta?

Tal y como ha señalado la Sala contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Rec. 1500/2007) "La diferencia entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación ("asentamiento" o "emplazamiento") del producto, "reside en que en la publicidad encubierta existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el "asentamiento" la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologética".

Vale decir, no es lo mismo que un producto figure accidentalmente en la escena de una serie (emplazamiento), que el hecho de que los protagonistas de la misma, hablen de sus ventajas y recomienden su consumo o uso (publicidad encubierta).

Hay un elemento más que agrava el concepto de publicidad encubierta, y que indica especialmente la sentencia comentada: la promoción del producto "no se hace además de una manera explícita, clara o abierta, sino oculta; ocultación que por sí misma entraña riesgo para los consumidores de provocar su error, a través del estímulo, no consciente, al consumo del producto".

Copyright Riestra Abogados 2013

Continúa la sentencia, señalando que "la mera presencia de un producto o un cartel en una película o en una serie de televisión formando parte del decorado, o la mención circunstancial de un producto en una escena ha de distinguirse claramente del intento de utilizar una escena, como es el caso que nos ocupa, para promocionar un producto determinado con un mensaje reiterado, tanto verbal como visual, utilizando el soporte de una escena como mera excusa para realizar una promoción encubierta de un producto determinado que ha patrocinado esa misma serie o que guarda una estrecha relación comercial con la misma y con la empresa que lo produce y emite."

Por otra parte, tal y como ha señalado la Audiencia Nacional (Rec. 75/2007), en la publicidad encubierta la visualización del producto responde al criterio de "prominencia indebida", habida cuenta de su forma de presentación, clara, precisa, destacada y sin fisuras, de forma que el producto en cuestión resulta claramente identificable, lo que puede inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la presentación.

Tipo de infracción y sanciones

En la Ley de Comunicación Audiovisual, encargada de regular estas materias, la publicidad encubierta se considera una *"Infracción grave",* pudiendo corresponderle multas de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva.

Por todo lo anterior, es importante tener presentes estos conceptos, y en definitiva utilizar el derecho de emplazamiento de productos de la forma que indica la ley y jurisprudencia.

(ix) Públicos Personalizados.

Es una herramienta de segmentación, que va un paso más allá de Custom Audiences (que permite dirigirse a través de Facebook a la lista de clientes). Con la herramienta "públicos personalizados", y en combinación con determinados atributos, los destinatarios de la publicidad serán también aquellos usuarios que compartan características con los actuales clientes, vale decir, potenciales clientes.

El anunciante interesado debe introducir la lista de direcciones de correo electrónico o de teléfonos de sus clientes en el editor múltiple de Facebook. Se entiende que dicha lista queda cifrada (hash). Posteriormente, esa lista se compara con los usuarios activos de Facebook, lo que permite impactar a clientes y también a perfiles similares.

Desde el punto de vista legal, y específicamente desde las exigencias de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), esta herramienta genera ciertas dudas. Sabemos que aunque los datos estén cifrados, el solo acceso potencial a datos de terceros (clientes del anunciante) constituye la figura de un "encargado del tratamiento", lo cual exige según la ley la firma de un contrato que tenga unos requisitos mínimos. Según las condiciones del servicio, efectivamente esta figura se parecería

Copyright Riestra Abogados 2013

bastante a un encargado del tratamiento (por ejemplo, asegura que sólo se utilizan los datos con este fin). No obstante lo anterior, la figura de "encargado del tratamiento" implica que ese tercero con acceso a datos únicamente cumpla instrucciones del responsable, y que no se utilicen los datos para finalidades propias (la publicidad es la gran finalidad de FB). Considerando este punto, la Agencia Española de Protección de Datos podría estimar que se ha producido una "cesión" de los datos. Por otra parte, también podría resultar aplicable el artículo 47 del Reglamento de la LOPD, que establece que cuando dos o más responsables por sí mismos o mediante encargo a terceros pretendieran constatar sin consentimiento de los afectados, con fines de promoción o comercialización de sus productos o servicios y mediante un tratamiento cruzado de sus ficheros quiénes ostentan la condición de clientes de una u otra o de varios de ellos, el tratamiento así realizado constituirá una cesión o comunicación de datos.

Por todo lo anterior, concluimos en primer lugar que quienes hayan manifestado su deseo de no recibir información comercial, no deben ser incluidos en este tipo de aplicaciones.

Por otro lado, tenemos la exigencia de informar previamente a los usuarios, y al tener la duda de si esto puede ser tratado efectivamente como una cesión de datos, junto con informar, tendríamos que dar la opción de oponerse a la cesión. Lo anterior haría posible el tratamiento de públicos personalizados sólo respecto de nuevos registros.

Copyright Riestra Abogados 2013

OFERTAS COMERCIALES.

(i) Concepto de consumidor.
(ii) Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios.
(iii) Servicios de atención al cliente.
(iv) Contratos celebrados a distancia.
(v) Información precontractual y contratos.
(vi) Derecho de desistimiento.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

(i) Concepto general de consumidor y de usuario. (Art. 3).

(…) son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

(ii) Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios. (Art. 20).

1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:

a) Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa.

b) Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.

c) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano

Copyright Riestra Abogados 2013

por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

d) Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiendo por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal.

e) En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

2. **El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior o en las disposiciones a que se refiere el artículo 19.4 será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley de Competencia Desleal.**

Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato. (Art 61.2).

El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas **serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado** o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

(…)

(iii) servicios de atención al cliente (Art. 21).

(...)

3. En todo caso, y con pleno respeto a lo dispuesto en los apartados precedentes, los prestadores de servicios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal, número de teléfono y número de fax o dirección de correo electrónico en la que el consumidor o usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información sobre el servicio ofertado o contratado. Los prestadores comunicarán su dirección legal si esta no coincide con su dirección habitual para la correspondencia.

Los prestadores de servicios deberán dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación.

(…)

Copyright Riestra Abogados 2013

(iv) Concepto de contratos celebrados a distancia (Art. 92).

1. Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la 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 empresario. (…)

2. Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia; (…) el videotexto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un ordenador o de la pantalla de televisión; el correo electrónico; el fax y la televisión.

Excepciones (Art. 93).

1. La regulación establecida en este título no será de aplicación a:

a) Las ventas celebradas mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados.
b) Las ventas celebradas en subastas, excepto las efectuadas por vía electrónica.
c) Los contratos sobre servicios financieros.
d) Los contratos celebrados con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de los teléfonos públicos.
e) Los celebrados para la construcción de bienes inmuebles.

(v) Información precontractual y contratos.

- **Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:**

Información previa al contrato. (Art 60).

1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario **de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato**, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.

2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:

a) **Nombre, razón social y domicilio completo** del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.

Copyright Riestra Abogados 2013

b) **Precio completo, incluidos los impuestos**, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.

c) **Fecha de entrega**, ejecución del contrato y duración.

d) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.

e) **Garantías ofrecidas.**

f) **Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato**, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

g) **Existencia del derecho de desistimiento del contrato** que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

h) **La dirección completa en la que el consumidor o usuario puede presentar sus quejas y reclamaciones,** así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4

La información precontractual debe facilitarse al consumidor de **forma gratuita.**

Información precontractual. (Art 97).

1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el empresario deberá suministrar al consumidor y usuario, de forma veraz y suficiente, la información prevista en el artículo 60 y además:

a) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.

b) Las características esenciales del bien o servicio.

c) Los **gastos de entrega y transporte**, en su caso.

d) El **plazo de vigencia de la oferta y del precio** y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento en los supuestos previstos en el artículo 102.

e) La **duración mínima del contrato**, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.

Copyright Riestra Abogados 2013

f) Las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad.

g) La **forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución**.

h) En su caso, indicación de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

2. La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable, **deberá facilitarse al consumidor y usuario de modo claro e inequívoco**, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

Confirmación escrita de la información. (Art. 98).

1. Antes de la ejecución del contrato deberá facilitarse al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o, en su caso, en la lengua elegida para la contratación, la siguiente información:

a) La información prevista en el artículo anterior.

b) La dirección del establecimiento del empresario donde el consumidor y usuario pueda presentar sus reclamaciones.

c) La información relativa a los servicios de asistencia técnica u otros servicios postventa y a las garantías existentes.

d) Las condiciones para la denuncia del contrato, en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año.

2. La información a que se refiere el apartado anterior deberá facilitarse por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera, adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada.

3. No será exigible lo dispuesto en este artículo a los contratos relativos a servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia que se presten de una sola vez, cuya facturación sea efectuada por el operador de la técnica de comunicación. No obstante, el consumidor y usuario, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento del empresario donde pueda presentar sus reclamaciones.

Necesidad de consentimiento expreso. (Art. 99).

Copyright Riestra Abogados 2013

1. **En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta.**

2. Si el empresario, sin aceptación explícita del consumidor y usuario destinatario de la oferta, le suministrase el bien o servicio ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente.

Prohibición de envíos no solicitados. (Art. 100).

1. Queda prohibido suministrar al consumidor y usuario bienes o servicios no pedidos por él cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza.

En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor de tales bienes o servicios no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio.

En caso de que decida devolverlo no deberá indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el bien o servicio.

2. No será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior cuando quede claramente de manifiesto al consumidor y usuario que el envío no solicitado se debía a un error, correspondiendo al empresario la carga de la prueba.

El consumidor y usuario en tales casos, tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado.

- **Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.**

Obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación. (Art. 27).

1. Además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de **forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre los siguientes extremos:**

a) Los **distintos trámites** que deben seguirse para celebrar el contrato.
b) **Si el prestador va a archivar el documento** electrónico en que se formalice 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 los datos, y
d) La **lengua** o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

Copyright Riestra Abogados 2013

La obligación de poner a disposición del destinatario la información referida en el párrafo anterior se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en dicho párrafo.

Cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario.

2. El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior cuando:

a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o

b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

4. Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

Información posterior a la celebración del contrato. (Art. 28).

1. **El oferente está obligado a confirmar la recepción** de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios:

a) El envío de un **acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente** a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o

b) La confirmación, **por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación**, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

Copyright Riestra Abogados 2013

En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario.

2. Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello.

En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

3. No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando:

a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o

b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante 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.

(vi) Derecho de desistimiento. (Art. 101). Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

1. El consumidor y usuario que contrate a distancia tendrá derecho a desistir del contrato conforme a lo previsto en el capítulo II, del título I de este libro, **si bien en este tipo de contratos el empresario podrá exigir al consumidor y usuario que se haga cargo del coste directo de devolución del bien o servicio.**

2. Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo.

Excepciones al derecho de desistimiento. (Art. 102)

Salvo pacto en contrario, lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los siguientes contratos:

a) Contratos de suministro de bienes cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el empresario no pueda controlar.

Copyright Riestra Abogados 2013

b) Contratos de suministro de productos confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez.

c) Contratos de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados por el consumidor y usuario, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente.

d) Contratos de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

e) Contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor y usuario, antes de finalizar el plazo de siete días hábiles.

f) Contratos de servicios de apuestas y loterías.

(…)

Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista

Derecho de desistimiento. (Art. 44).

1. El comprador dispondrá de un plazo mínimo de **siete días hábiles** para desistir del contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. Será la ley del lugar donde se ha entregado el bien la que determine qué días han de tenerse por hábiles.

2. El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho.

3. El derecho de desistimiento no puede implicar la imposición de penalidad alguna, si bien podrá exigirse al comprador que se haga cargo del coste directo de devolución del producto al vendedor.

No obstante lo anterior, en los supuestos en que el vendedor pueda suministrar un producto de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor, los costes directos de devolución, si se ejerce el derecho de desistimiento, serán por cuenta del vendedor que habrá debido informar de ello al consumidor.

Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo.

4. A efectos del ejercicio del derecho de desistimiento, el plazo se calculará a partir del día de recepción del bien, siempre que se haya cumplido el deber de información que impone el artículo 47.

Copyright Riestra Abogados 2013

5. En el caso de que el vendedor no haya cumplido con tal deber de información, el comprador podrá resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde aquel en que se entregó el bien. Si la información a que se refiere el artículo 47 se facilita durante el citado plazo de tres meses, el período de siete días hábiles para el desistimiento empezará a correr desde ese momento. Cuando el comprador ejerza su derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deber de información que incumbe al vendedor, no podrá éste exigir que aquél se haga cargo de los gastos de devolución del producto.

6. Cuando el comprador haya ejercido el derecho de desistimiento o el de resolución conforme a lo establecido en el presente artículo, el vendedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el comprador sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo máximo de treinta días desde el desistimiento o la resolución. Corresponde al vendedor la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo. Transcurrido el mismo sin que el comprador haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad.

7. En caso de que el precio haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido al comprador por parte del vendedor o por parte de un tercero previo acuerdo de éste con el vendedor, el ejercicio del derecho de desistimiento o de resolución contemplados en este artículo implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el comprador.

8. El transcurso del plazo del derecho de desistimiento sin ejecutarlo no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho.

Ver: Consentimiento envíos comerciales electrónicos.

Ver: Obligaciones legales de un newsletter.

Copyright Riestra Abogados 2013

REGISTRO ONLINE

(i) El registro de usuarios en una red social.
(ii) El consentimiento en la recabación de los datos.
(iii) La información y la finalidad en la recabación de los datos personales.
(iv) Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

(i) El registro de usuarios en una red social.

El registro de usuarios debe contener determinados campos obligatorios que determinará el encargado de la red, de acuerdo a la temática en que ésta se basará. Será, en todo caso, imprescindible, que los datos solicitados se conformen con la finalidad que la red social tiene.

Es importante exigir al usuario que aporte datos veraces –***hay que recordar que la usurpación de identidad es un delito-*** y que los mantenga actualizados. La responsabilidad en el cuidado de su *password* y nombre de usuario le corresponden sólo a él.

Por otra parte, la formalización del registro sólo puede proceder si antes se han leído y aceptado las condiciones del servicio y la política de privacidad, en virtud de la cual el usuario consiente la recabación y tratamiento de sus datos. Las casillas que se correspondan con lo anterior, no pueden estar marcadas por defecto, ya que debe ser el usuario quien expresamente las acepte.

Se recomienda que las CGC (Condiciones Generales de Contratación) sean protocolizadas ante notario con el objeto de tener una prueba documental en caso de conflicto con un usuario.

Respecto a los puntos relativos a menores de edad y al registro de usuarios, la 30ª Conferencia Internacional de Privacidad celebrada en Estrasburgo entre el 15 y el 17 de Octubre de 2008, hace las siguientes recomendaciones, que son importantes recordar:

- Informar de forma fácil e inteligible sobre las posibles consecuencias de publicar datos de carácter personal en el perfil de usuario, así como de los riesgos de seguridad y el posible acceso legal de terceros;
- Restringir la visibilidad completa de los perfiles, así como de los datos contenidos en los mismos;
- Proteger a los usuarios de acciones fraudulentas a sus perfiles, utilizando para ello las mejores prácticas reconocidas en la planificación, desarrollo y ejecución de sus aplicaciones, incluidas auditorías y certificaciones independientes;
- Fomentar la utilización de seudónimos.

Copyright Riestra Abogados 2013

(ii) El consentimiento en la recabación de los datos.

La ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPD) es clara al señalar que para la recabación de datos personales es esencial que el usuario preste su consentimiento. Por lo tanto es necesario que al momento de registro, que es cuando el usuario proporciona los datos que son necesarios para ingresar en la red, conste una cláusula especial, la cual debe ser aceptada expresamente antes de que proceda a formalizarse el registro, de manera que no pueda concretarse aquél registro a menos de que ésta sea aceptada. Es importante recalcar en este punto que la casilla que se establece para ser marcada por el usuario en indicación de la prestación de su consentimiento, en ningún caso puede estar marcada por defecto, sino que debe ser el propio usuario quien debe proceder a completarla.

Hay que recordar que la prueba del consentimiento recae sobre el soporte, por lo que es muy recomendable que el usuario al aceptar no haya duda que se le han presentado los términos y condiciones y política de privacidad antes de aceptar. Por ejemplo, no hay duda, para la Agencia Española de Protección de Datos, cuando la opción de aceptar se presenta al final de los términos y condiciones, es decir hemos tenido que pasar por el clausulado hasta llegar a la misma.

(iii) La información y la finalidad en la recabación de los datos personales.

El usuario debe estar informado acerca de las finalidades que se tienen en consideración, para efectos de recabar sus datos personales. Así lo señala el **artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.**

Para el caso de las redes sociales, esa finalidad será en principio la gestión y administración de aquéllos datos para efectos de participar en la comunidad social. Además, deberá constar en este apartado, la finalidad consistente en el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos. Pueden figurar en esta cláusula otras finalidades, como por ejemplo el envío electrónico de encuestas de satisfacción o alertas SMS entre otros.

(iv) Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Estos derechos, también denominados **"ARCO",** le pertenecen al afectado por imposición legal. La posibilidad de ejercerlos **debe constar de forma expresa en la cláusula relativa a protección de datos personales, d**ebiendo proporcionarse por parte del responsable de la red las vías adecuadas para que éstos sean ejercidos. La ley señala que el medio debe ser sencillo y gratuito, estableciéndose en los artículos 24 y 25 del Reglamento de Desarrollo de la Ley, lo siguiente:

Copyright Riestra Abogados 2013

Art. 24.4 : "Cuando el responsable del fichero o tratamiento disponga de servicios de cualquier índole para la atención a su público o el ejercicio de reclamaciones relacionadas con el servicio prestado o los productos ofertados al mismo, podrá concederse la posibilidad al afectado de ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a través de dichos servicios. En tal caso, la identidad del interesado se considerará acreditada por los medios establecidos para la identificación de los clientes del responsable en la prestación de sus servicios o contratación de sus productos"

Art.25. 1." Salvo en el supuesto referido en el párrafo 4 del artículo anterior, el ejercicio de los derechos deberá llevarse a cabo mediante comunicación dirigida al responsable del fichero, que contendrá:

> *a) Nombre y apellidos del interesado; fotocopia de su documento nacional de identidad, o de su pasaporte u otro documento válido que lo identifique y, en su caso, de la persona que lo represente, o instrumentos electrónicos equivalentes; así como el documento o instrumento electrónico acreditativo de tal representación. La utilización de firma electrónica identificativa del afectado eximirá de la presentación de las fotocopias del DNI o documento equivalente. El párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la normativa específica aplicable a la comprobación de datos de identidad por las Administraciones Públicas en los procedimientos administrativos.*
> *b) Petición en que se concreta la solicitud.*
> *c) Dirección a efectos de notificaciones, fecha y firma del solicitante.*
> *d) Documentos acreditativos de la petición que formula, en su caso".*

Copyright Riestra Abogados 2013

DERECHOS DE IMAGEN

Casos.

El usuario es autor/realizador de la fotografía y aparece retratado en ella. Sería el caso de una persona que se tomó a sí mismo una fotografía.

El usuario que sube la fotografía es distinto a las personas retratadas o aparece en la foto junto a terceras personas.

Veamos

La imagen personal goza de una doble protección:

I- **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.**

II- **ley Orgánica de Protección de Datos Personales 15/1999** ya que la imagen de una persona es considerada como un dato personal.

Una de las aplicaciones más utilizados por los usuario de una red social es la de subir y compartir fotografías o audiovisuales. En este sentido, los responsables de la red deben tener especial precaución en los siguientes aspectos:

- Las condiciones de uso de la red social deben establecer una cláusula relativa a la cesión de derechos de imagen. **Esta cesión deberá solicitarse en forma no exclusiva y sin posibilidad de cesión a terceros,** y con la finalidad única de poder reproducir y comunicar públicamente dichas imágenes en la red social.
- Si en las fotografías apareciesen más personas, quien las incorpora en el web site debe manifestar que cuenta con las autorizaciones pertinentes de dichos terceros.
- Exigencia de que en las fotografías no aparezcan menores de edad o si aparecen que el usuario cuanta con el consentimiento del padre, representante o tutor legal, por cuanto la cesión de su imagen personal, sólo puede proceder en el caso de que tengan la madurez suficiente para autorizarlo; "*quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado*".

Copyright Riestra Abogados 2013

- La cesión de derechos de imagen puede revocarse siempre (*"El consentimiento…será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas)*. Es decir el usuario podría solicitar en cualquier momento el retiro de sus fotografías, en el ejercicio del derecho que le ampara.

Al ser la imagen un dato personal, si el usuario se da de baja, las fotografías y audiovisuales que contengan su imagen deberían ser retirados completamente de la red junto con su perfil.

Insistimos en que las posibilidades de propagación en Internet son infinitas, y por lo tanto hacer un retiro exhaustivo resulta sino imposible, al menos muy difícil. En este sentido, el encargado de la red social podría acotar su responsabilidad, señalando que retirará todo lo que se corresponda con el perfil del usuario, mas no puede responsabilizarse por la difusión que el mismo usuario o sus contactos hayan realizado dentro de la red o fuera de ésta.

Ver: Responsabilidad por contenidos

(i) Derechos de imagen, protección de datos y propiedad intelectual.

Como se señaló anteriormente, la imagen personal está protegida doblemente, por una parte por la ley orgánica 1/1982 de 5 de diciembre, y por otro lado por la Ley Orgánica de protección de datos personales 13/1999.

El derecho a la imagen tiene el carácter de fundamental. La base de su protección proviene del artículo 18 de la Constitución Española, que señala:

"Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen."

En las redes sociales se puede observar que este derecho es susceptible de cruzarse o transponerse con otros, como son los derechos de propiedad intelectual y los derechos que derivan de la ley orgánica de protección de datos. Cabe señalar que éstos últimos también encuentran su asidero en el artículo 18 reproducido.

A continuación se verá cuáles son las notas características que la Ley Orgánica 1/1982 y la Ley Orgánica 13/1999 otorgan a la protección del derecho de imagen. Enseguida se examinarán algunos casos prácticos relativos a la imagen personal.

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.

Las principales características de esta ley son los siguientes:

Copyright Riestra Abogados 2013

- La protección que otorga es de carácter irrenunciable e imprescriptible. Es decir, no se puede obligar a un usuario ni aún por vía contractual a renunciar a los derechos que le otorga la ley;
- El consentimiento para ceder los derechos de imagen debe ser de carácter expreso;
- Como se mencionó anteriormente, el consentimiento del usuario que cede los derechos de imagen es de carácter revocable "en cualquier momento";
- "El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.;
- Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Conviene destacar qué es lo que la ley considera como intromisiones legítimas o ilegítimas, en relación con la imagen de una persona:

Son legítimas:

- las intromisiones respecto de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública siempre que su imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, o la utilización de caricaturas de las mismas.
- La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Dentro de las intromisiones ilegítimas, destaca especialmente para estos efectos, que la ley considera ilegitima **"La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga**". Por lo tanto, cada vez que se solicite la cesión de derechos de imagen, si además ésta será utilizada para estos fines, esto debe señalarse expresamente.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

La imagen de una persona es un dato personal. De acuerdo al artículo 5.1 del Reglamento de desarrollo de la citada ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, y completando lo dispuesto en el artículo 3 a) de aquélla, se define "datos de carácter personal" como *"Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables"*.

Por lo anterior es que cada vez que se capte este tipo de información, existe obligación de someterse a la ley de protección de datos. En resumen de lo mencionado en el apartado pertinente, y tal como expresa el Informe Jurídico 2008-0434 de la Agencia de Protección de Datos de Carácter Personal:

- Los datos deben captarse con el consentimiento informado del afectado;

Copyright Riestra Abogados 2013

- Los datos de carácter personal deben ser cancelados cuando desaparezca la finalidad o fundamento en virtud del cual fueron recabados.

Recordemos algunas nociones y casos prácticos:

Los casos que pueden presentarse en el entorno 2.0 se basan fundamentalmente en la preeminencia que puedan tener unas leyes respecto de otras, y del resultado de obtener y revocar las autorizaciones que permiten subir contenidos a la web.

Deben recordarse algunos aspectos ya tratados:

- En razón de la aceptación expresa de las condiciones generales o de uso del sitio, el usuario cede los derechos de propiedad intelectual que puedan corresponderle, además de sus derechos de imagen personal;
- Para subir contenidos que contengan imágenes personales de terceros, esas mismas condiciones deben exigir que el usuario obtenga las autorizaciones de esos terceros para efectos de ver comunicada su imagen, delimitando la responsabilidad en este sentido;
- La protección de datos personales corresponde a quien recaba esos datos. El ámbito de aplicación de la ley afecta sólo a personas jurídicas, quienes serán los propietarios y responsables de los datos.

Algunos casos prácticos:

Se ejemplificará con unos de los contenidos más utilizados: las fotografías. Los derechos que se generan en torno a ella son:

- Derechos de propiedad intelectual a favor del autor o realizador;
- Derechos de imagen de la persona retratada;
- Derechos relativos a la imagen, como un dato personal.

El usuario es autor/realizador de la fotografía y aparece retratado en ella. Sería el caso de una persona que se tomó a sí mismo una fotografía.

*¿Qué sucedería si en virtud de la LO 1/1982 que protege los derechos de imagen, honor e intimidad, el usuario quisiera revocar su derecho de imagen?

En este caso, al ser el derecho de imagen de carácter fundamental, primará sobre el derecho de propiedad intelectual, y en definitiva esa revocación surtiría todos los efectos legales.

Copyright Riestra Abogados 2013

*¿Existe un derecho de indemnización a favor del proveedor?

La LO 1/1982 otorga un derecho de indemnización para el afectado con la revocación. Sin embargo en este punto toca preguntarse si para el proveedor se producirá un daño que sea susceptible de reparación. Esto dependerá de si la remoción de la fotografía realmente involucra un gran esfuerzo, sobre todo económico. En este sentido, y si es que ese esfuerzo no es tan elevado, probablemente esa indemnización no sea tan alta.

*¿Qué sucede si el usuario decide darse de baja del servicio?

Como se explicó, los datos personales sólo son susceptibles de ser tratados en la medida que exista un fundamento para ello. Si ese fundamento o finalidad desparecen, los datos deben ser cancelados:

"Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados". (Art. 4 LOPD)

Por lo tanto, ante la solicitud de baja, el responsable debe cancelar los datos personales, dentro de los cuales se encuentra la fotografía en la que conste su imagen.

Si el usuario que sube la fotografía es distinto a las personas retratadas o aparece en la foto junto a terceras personas.

En este caso, de acuerdo a las condiciones de uso del web site, el usuario debe contar con el consentimiento de los retratados en la fotografía, antes de hacer la respectiva cesión.

Ante reclamaciones que los terceros pudiesen ejercer basados en su derecho de imagen personal, el proveedor debe dirigirlos al usuario infractor, ya que es él el exclusivo responsable de solicitar las autorizaciones. Sería conveniente de todas formas optar por una solución práctica, que podría ser por ejemplo, retirar la fotografía y notificar al usuario infractor, amonestándolo.

En el caso que la situación alcance los términos de un conflicto judicial, la misma cláusula que delimita responsabilidades en los ámbitos de derechos de imagen y propiedad intelectual, debe establecer que todos los costos que asumió el proveedor por este concepto serán debidamente reclamados al infractor.

En razón de que los terceros retratados no han prestado su consentimiento informado para que sus datos sean tratados, este conflicto se resolvería en principio sólo a través de la Ley

Copyright Riestra Abogados 2013

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.

En razón de todo lo visto anteriormente, se puede recomendar:

- Que en aplicación de las conclusiones de la Conferencia de Estrasburgo, el usuario gestione su perfil de forma directa ("los proveedores…deberán permitir una restricción en la visibilidad completa de los perfiles, así como de los datos contenidos en los mismos y en las funciones de búsqueda de las comunidades").
- Que la utilización de imágenes para fines promocionales sea aceptada expresamente.
- Que la portabilidad de datos y contenidos a terceros, especialmente a otras redes sociales sea aceptada expresa e informada.

Se debe apuntar en todo caso que las soluciones y recomendaciones propuestas son sólo orientativas, considerando que las autoridades pertinentes están actualmente examinando con detención cada unos de los puntos que conforma este y otros temas.

Copyright Riestra Abogados 2013

LAS COMUNICACIONES COMERCIALES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

(i) El consentimiento.
(ii) La importación de correos electrónicos en redes sociales.
(iii) ¿Es el correo electrónico un dato personal?
(iv) El deber de Secreto y el correo electrónico.
(v) Obligaciones legales de un newsletter.

(i) El consentimiento.

Las comunicaciones comerciales que se realicen por vía electrónica están reguladas por **la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)**. En virtud de sus artículos 19 y siguientes, los principios básicos de la materia son los siguientes:

- Además de la LSSI, se aplicará la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales.
- Las normas pertinentes se aplicarán a las comunicaciones comerciales enviadas por correo electrónico o por medio electrónico equivalente como los SMS.
- Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable. Por lo tanto, en el mensaje debe constar la palabra "Publicidad" o "Publi".
- Sólo se podrán enviar comunicaciones comerciales por correo electrónico o medio análogo, **si es que el usuario expresamente lo ha solicitado, o lo ha autorizado expresamente, salvo en el caso que existiere una relación contractual previa con el cliente,** y para el solo efecto de enviarle comunicación comercial respecto de productos similares a los que se hayan contratado previamente.
- En la misma cláusula relativa a protección de datos personales, se expondrá como una de las finalidades para efectos de recabar esos datos, el envío de comunicaciones comerciales, debiendo insertarse una casilla en blanco que permita al usuario **aceptar expresamente el envío (salvo si existe relación contractual previa).**
- El usuario debe tener siempre la posibilidad de darse de baja del servicio de envío de comunicaciones comerciales.

Copyright Riestra Abogados 2013

Artículo 21 Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes

1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador 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 recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.***

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Artículo 22 Derechos de los destinatarios de servicios

1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios ***deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado.*** *Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.*

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

(…)

Copyright Riestra Abogados 2013

(ii) La importación de correos electrónicos en redes sociales.

Otra práctica habitual dentro de las redes sociales radica en la importación de correos electrónicos. Al igual que el caso anterior, esta técnica se utiliza para hacer invitaciones a los contactos del correo electrónico del usuario, con el objeto de que conozcan y se registren en la red social.

A diferencia del ingreso simple del correo electrónico del contacto por parte de un usuario, el sistema permite entrar desde la red social, hacia el e-mail propio, desplegándose enseguida la lista de todas las direcciones guardadas. Por regla general éstas aparecen marcadas por defecto, de modo tal que con un solo clic, la invitación y promoción del web site, puede llegar eventualmente a toda la agenda de contactos del usuario.

La importación de correos presenta un doble problema:

- Al igual que en el caso anterior, en el cual el correo es enviado desde el servidor de la red social, se concreta una acción de marketing viral, y en definitiva envío de publicidad sin ser expresamente solicitada o autorizada.

Ver: marketing viral.

- Los principales proveedores de correo electrónico, no permiten la intromisión de servicios automatizados para efectos de recopilación de información.

(iii) ¿Es el correo electrónico un dato personal?

Primero, hay que considerar que conforme nos señala la ley vigente, dato personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Cabe señalar que dicha identificación no debe ser necesariamente inmediata, bastando que a través de un procedimiento sencillo, se obtenga finalmente la identidad del afectado. Por lo tanto el correo electrónico en la medida que hace identificable a una persona, es efectivamente un dato personal.

¿Todos los correos electrónicos se configuran como un dato personal, o sólo aquéllos que contengan el nombre del titular?

Todos las direcciones electrónicas, incluyendo aquéllas en las que no figura el nombre del titular son objeto de protección por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

Copyright Riestra Abogados 2013

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25/05/2004 señala que "considera que la dirección del correo electrónico del que es titular una persona física (…) **constituye un dato personal,** porque, con independencia de que la denominación de la dirección corresponda o no con el nombre y apellido de su titular, país o empresa en la que trabaja, lo cierto es que se puede, mediante una operación nada difícil, identificar perfectamente a una persona física, ya que esa dirección del correo electrónico aparecerá vinculada a un dominio concreto, por lo que sólo será necesario consultar al servidor en que se gestione dicho servicio", reiterando que en su Sentencia de 27 de octubre de 2004 consideró **dato personal el número del DNI** " que en principio no tiene aparente relación externa con el nombre y apellido de su titular".

¿Qué sucede con el mail profesional?

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre que desarrolla la normas relativas a la protección de datos, establece en su artículo en su artículo 2 el ámbito objetivo de aplicación de la ley respectiva, señalando que:

> *"Este reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales".*

Asimismo, los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal". Por lo tanto, si el correo electrónico se enmarca en un contexto profesional, no es un dato protegible.

Importante recordar que otra norma, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico no permite el envío de comunicaciones electrónicas sin consentimiento expreso del usuario (salvo a clientes) independientemente que el email sea profesional o no.

(iv) El deber de Secreto y el correo electrónico.

Tal como señalamos, el correo electrónico considerado como dato personal, estaría sujeto al deber de secreto y el principio de seguridad de los datos.

Tal como ha señalado la resolución R/00482/2011 de la Agencia Española de Protección de Datos, el deber de secreto profesional que incumbe a los responsables de los ficheros, recogido en el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, comporta que el responsable o quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos almacenados no pueda revelar ni dar a conocer su contenido teniendo el "deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable

Copyright Riestra Abogados 2013

del mismo". Este deber exige que los datos tratados automatizadamente o no, no pueden ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena fuera de los casos autorizados por la Ley, pues en eso consiste precisamente el secreto.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia 361, de 19/07/01 ha señalado que "El deber de guardar secreto del artículo 10 queda definido por el carácter personal del dato integrado en el fichero, de cuyo secreto sólo tiene facultad de disposición el sujeto afectado, pues no en vano el derecho a la intimidad es un derecho individual y no colectivo. Por ello es igualmente ilícita la comunicación a cualquier tercero, con independencia de la relación que mantenga con él la persona a que se refiera la información (...)".

El deber de secreto se complementa con el artículo 9 de la LOPD, que establece el "principio de seguridad de los datos" imponiendo la obligación de adoptar las medidas de índole técnica y organizativa que garanticen aquella, añadiendo que tales medidas tienen como finalidad evitar, entre otros aspectos, el "acceso no autorizado" por parte de terceros.

Se ha podido observar en reiteradas ocasiones que el titular de una base de datos envía comunicaciones electrónicas sin poner en copia oculta al resto de direcciones de las que dispone.

Lo anterior, ciertamente supone una infracción a las legislación vigente en materia de protección de datos, ya que aunque el contenido del mensaje no sea personalizado, el simple hecho de exponer los correos electrónicos supone un incumplimiento al deber de secreto, ya que el responsable no ha tenido en cuenta las medidas técnicas necesarias para resguardar debidamente los datos personales que componen el fichero. Hay que recordar que la protección de los datos tiene como finalidad garantizar al afectado un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino que impida que se produzcan situaciones atentatorias con la dignidad de la persona, "es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida" (STC 292/2000).

Por lo tanto, deben extremarse las precauciones al momento de hacer envíos masivos, no importando el tipo de mensajes que se hagan llegar a los destinatarios.

De esta forma, en su resolución R/00482/2011, **la Agencia Española de Protección de Datos sancionó a una entidad de crédito por no poner en copia oculta a las diferentes direcciones que conformaban su base de datos.** De esta forma ha señalado:

> *"La LOPD impone al responsable del fichero la adopción de medidas de seguridad, cuyo detalle se refiere a normas reglamentarias. El RD/1720/2007 establece un régimen específico de "seguridad" a implantar por el responsable del fichero para salvaguardar la tutela debida a un derecho fundamental ex artículo 18.4 de la Constitución Española, de conformidad con la doctrina sentada por la STC 292/2000. Así en su artículo 80 señala que "las medidas de seguridad exigibles a los ficheros y tratamientos se clasifican en tres niveles: básico, medio y alto." Así en los artículos 89 a 94 del citado reglamento se recogen las medidas a implantar para datos a los que son aplicables las medidas de nivel básico y que encuentra únicamente el límite de su voluntad, lo que va*

Copyright Riestra Abogados 2013

en menoscabo del derecho, Derecho que se conculca desde el momento de la inobservancia de tales medidas que devienen en una indefensión de la privacidad de los datos y en un acceso a éstos por parte de terceros que no están legitimados y cuyo uso no es controlable…"

(v) Obligaciones legales de un newsletter.

- Identificar el carácter comercial del envío.
- Identificar en nombre de quién se realiza el envío.
- Incluir la palabra "publi".
- Acceso fácil y claro a las condiciones de participación en promociones.
- Para las bajas, incluir en cada envío una dirección electrónica válida.

Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico:

"Artículo 20 Información exigida sobre las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos:

*1. Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser **claramente identificables** como tales **y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable.***

*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" o la abreviatura "**publi**".*

*2. En los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, previa la correspondiente autorización, se deberá asegurar, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior y en las normas de ordenación del comercio, que queden claramente identificados como tales y que **las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca.***

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo que dispongan las normativas dictadas por las Comunidades Autónomas con competencias exclusivas sobre consumo, comercio electrónico o publicidad.

*4. En todo caso, **queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente** por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en este artículo, así como aquéllas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en este artículo.*

Copyright Riestra Abogados 2013

Artículo 21 Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes

(…)

En todo caso, el prestador 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 recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.***

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la ***inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.***

Artículo 22 Derechos de los destinatarios de servicios

1. ***El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales*** *con la simple notificación de su voluntad al remitente.*

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar ***procedimientos sencillos y gratuitos*** *para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.*

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos."

Copyright Riestra Abogados 2013

CÓDIGOS FUENTE

La propiedad de los códigos fuente de los web sites y otros desarrollos informáticos puede ser fuente de conflicto entre los desarrolladores y sus clientes. Por ello es importante considerar que si las partes nada han pactado a través de un contrato, el código fuente le pertenecerá al cliente, de acuerdo a lo que señaló la Sala Primera del *Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 17 de mayo de 2003,* si se cumplen las siguientes condiciones:

- Si la página web es personalizada a petición del cliente y para cumplir los fines requeridos por éste;
- Si el comprador queda dependiente del programador para la realización de todo tipo de actualizaciones;
- Si el cliente incurrió en los gastos de desarrollo de la página web.

Como puede observarse, la firma de un contrato que regule la propiedad del código fuente es muy importante. Si se ha realizado un desarrollo a la medida, lo normal será que el cliente exija la propiedad del mismo, no obstante, se puede pactar un precio adicional por su entrega. Si no existe contrato o cláusula que lo regule habrá que demostrar si se trata de una aplicación a la medida.

Si la agencia ostenta la titularidad respecto de una aplicación o web site que ha sido fruto de la iniciativa propia, el programa puede ser objeto de una **licencia de uso**. Lo anterior significa que la titularidad respecto del desarrollo informático corresponderá siempre a la agencia creadora, y que precisamente en virtud de dicha titularidad otorga un permiso para que bajo determinadas condiciones esa aplicación sea utilizada de una forma limitada, a cambio de una contraprestación.

Por otra parte, si la propiedad no es exigida por el cliente, se pueden contemplar otro tipo de medidas para que el cliente no quede sin acceso a dicho código en caso de imprevistos tales como quiebra o insolvencia por parte del proveedor, por ejemplo pactar el depósito del código ante notario (**contrato de escrow**).

La firma de un contrato también es imprescindible para regular la propiedad de otros elementos importantes, tales como banners programados en flash, que pueden ser entendidos como un soporte publicitario sin más y fuente de controversias, ya que no es lo mismo el desarrollo de un web site, cuya finalidad es perdurar en el tiempo, que una campaña de banners que suele ser temporal.

Copyright Riestra Abogados 2013

COMBINACIONES ALEATORIAS CON FINES PROMOCIONALES.

- **(i) Distinguir si la acción en cuestión es un Concurso o una Combinación Aleatoria.**
- **(ii) La redacción de bases legales.**
- **(iii) Importancia de protocolización de bases legales y realización de sorteos ante notario.**
- **(iv) Impuestos y Tasas.**
- **(v) Protección de datos personales.**
- **(vi) Las creatividades que promocionan un concurso o un sorteo.**
- **(vii) Sorteos y promociones en facebook.**
- **(viii) Gamificación.**

¿Qué aspectos debemos tener en cuenta al momento de organizar concursos y sorteos?

Presentamos un repaso práctico a los principales puntos a considerar:

(i) Distinguir si la acción en cuestión es un Concurso o una Combinación Aleatoria.

Ambos se distinguen en cuanto al modo en virtud del cual se escoge a los ganadores. Un **concurso habitualmente se basa en la habilidad** de los participantes, y por lo tanto resultará agraciado quien destaque en el desarrollo de la habilidad que se pide, siempre bajo los criterios que determinen las bases legales. También entrarán en la categoría de Concurso aquéllas acciones que utilizan otros parámetros de participación y elección que sean evaluados, por ejemplo, por un jurado bajo un criterio subjetivo (por ejemplo la belleza de una pintura, la redacción más divertida, etc.).

En las combinaciones aleatorias, en cambio, interviene el azar. En este caso nos referimos a elección a través de **sorteos,** y también a otros mecanismos en los cuales el azar es fundamental como por ejemplo, elección a través de momentos ganadores.

¿Por qué es importante distinguir uno de otro?

La importancia radica en que si se trata elección de ganadores mediante azar (sorteo, momentos ganadores, etc.), surge la obligación de pagar un porcentaje del valor declarado de los premios en concepto de impuesto, según diremos más adelante.

RIESTRA ABOGADOS. Marketing Legal. Calle Génova, nº 7 – 3º izq. 28004 Madrid. T. 91 102 28 88 - www.riestra-abogados.com
Copyright Riestra Abogados 2013

(ii) La redacción de bases legales.

Es muy importante que los usuarios conozcan con total claridad cuáles son los requisitos y mecánica de participación de la acción. Por ello, es necesario llevar a cabo la redacción de las bases legales que permitan que el participante se informe con el mayor detalle posible de todos los aspectos de la promoción. En definitiva, las bases legales otorgarán transparencia y seguridad para los usuarios, y eventualmente, ante una reclamación ante las Entidades de Consumo, se constituyen como una valiosa herramienta a favor del responsable, ya que habrá total certeza y seguridad de todos sus requisitos.

La recomendación en este caso es elaborar bases caso a caso, ya que de acuerdo a la mecánica, las necesidades legales pueden ser diferentes. Entre otros aspectos, las bases deben contener las fechas de vigencia; ámbito territorial; premios; fecha del sorteo/elección de ganadores; el desarrollo de la mecánica, entre otros.

(iii) Importancia de protocolización de bases legales y realización de sorteos ante notario.

De forma paralela a la comunicación de la promoción, es recomendable depositar las bases ante un Notario y realizar en su caso el sorteo ante él, ya que garantiza la transparencia en el desarrollo de la promoción y otorga credibilidad al promotor, además supone un refuerzo legal ante cualquier impugnación o reclamación que pueda surgir a raíz del desarrollo del sorteo.

Por otro lado, la protocolización de las bases de un sorteo puede ser comunicada por el Notario al Archivo Electrónico de Bases de Concursos (ÁBACO), un servicio de interés general ofrecido por el Consejo General del Notariado. Su contenido son las bases de concursos, ofertas o sorteos de aquellas empresas o entidades que hayan solicitado su protocolización ante Notario. El otorgamiento de la correspondiente acta habilitará al Notario a comunicar las bases depositadas a ÁBACO.

(iv) Impuestos y Tasas.

Respecto al pago de impuestos y tasas, al organizar concursos y sorteos tenemos que tener en cuenta lo siguiente:

- El tipo de acción elegida: como se dijo anteriormente, en el caso de un “concurso”, no corresponde el pago de tasas ni impuestos en concepto de la organización misma de dicha acción, aunque sí podrían ser aplicables las retenciones en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), según veremos. Por lo tanto el pago de impuestos y tasas *relacionados directamente con la organización de la acción* se aplica sólo si la misma se desarrolla en base al azar (sorteos, momentos ganadores, etc.).
- Impuestos: tal como ya se señaló, el pago del impuesto dependerá del ámbito territorial en el que será válida la promoción. De esta forma, el impuesto relativo a un

RIESTRA ABOGADOS. Marketing Legal. Calle Génova, nº 7 – 3º izq. 28004 Madrid. T. 91 102 28 88 - www.riestra-abogados.com
Copyright Riestra Abogados 2013

sorteo de carácter nacional (si se desarrolla en dos o más comunidades autónomas o bien, cuando el sorteo se desarrolle a través de Internet o por lo general, a través de cualquier medio que permita participar a los usuarios desde cualquier lugar, como por ejemplo el teléfono móvil o el correo postal) asciende al 10% del valor declarado de los premios. Si en cambio la promoción se desarrolla a nivel autonómico, el porcentaje puede oscilar entre un 10% y un 15% del valor del premio.

- Tasa administrativa inicial obligatoria: en algunas comunidades autónomas, se exige el pago de una tasa, que puede oscilar entre los 40 y 100 euros, aunque hoy en día, no es normal ver este tipo de tasas.
- Retenciones en concepto de IRPF: es importante no confundir las tasas/impuestos descritos en los puntos anteriores con las retenciones en concepto de IRPF. Estas retenciones procederán siempre que el valor del premio supere los 300 euros, con independencia de si se trata de un sorteo o un concurso. Por lo tanto, tenemos que en una misma promoción pueden coincidir o no el pago de los impuestos y tasas ya comentados y las retenciones por IRPF (por ejemplo, si "sorteamos" un vehículo -su valor supera los 300 euros-, sí coincidirán)

(v) Protección de datos personales.

Teniendo en cuenta que esta materia es bastante amplia, y que por ello merece un artículo aparte, citaremos únicamente los aspectos más relevantes a tener en cuenta:

- Confirmar que el Responsable de la promoción esté efectivamente dado de alta ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD);
- Que los ficheros correspondientes a la participación en sorteos o concursos estén debidamente notificados ante la AEPD.
- Es imprescindible examinar los formularios de recabación de datos, y en concreto que las cláusulas de privacidad estén correctamente reguladas en función de las finalidades. La finalidad principal será la gestión de la participación; además siempre en conformidad a la ley, se pueden incluir otras como el envío de información comercial. Igualmente, se debe cumplir con la normativa vigente en materia de derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (Derechos ARCO).
- Si corresponde, proceder a la firma de los contratos de tratamiento de datos, que legitiman el acceso de un tercero (la propia agencia de publicidad o de un tercer proveedor) a las bases de datos de participantes, de titularidad del Responsable.

Copyright Riestra Abogados 2013

(vi) Las creatividades que promocionan un concurso o un sorteo.

Es conveniente que el departamento de marketing piense también en el consumidor cuando se diseña la campaña, y no en la campaña en sí. Quiere esto decir que si uno de los incentivos es un sorteo de un viaje, se ha de especificar en qué condiciones se entregará ese premio y las características del mismo. Empiezan a ser frecuentes las impugnaciones y reclamaciones de derechos por este y otros motivos que pueden parecer triviales.

Recomendamos tener en cuenta las siguientes consideraciones en las creatividades de las promociones:

1. Periodo de la promoción.
2. Derecho de participación.
3. Bases ante notario.
4. Bases disponibles en (___)
5. Fecha del sorteo.
6. Comunicación del ganador en (___).
7. Cláusula de protección de datos si se van a recabar datos personales
8. Si se sortean premios: descripción detallada de los mismos.
9. Si se trata de un viaje: servicios que incluye.

Consumo insiste permanentemente en la necesidad de ofrecer al usuario la mayor cantidad de información posible en las creatividades y no remitir a documentación externa, que en muchos casos no es accesible directamente.

(vii) Sorteos y promociones en *facebook.*

La organización de sorteos y concursos en Facebook debe cumplir con términos y condiciones que la propia red social ha establecido para este tipo de acciones.

En concreto se establece:

" 1. Si utilizas Facebook para administrar una promoción o enviar comunicaciones acerca de ella (por ejemplo, un concurso o sorteo), serás responsable de que el funcionamiento de la promoción cumpla la legalidad vigente. Esto incluye lo siguiente:

a. Las reglas oficiales.

Copyright Riestra Abogados 2013

b. Los términos de la oferta y los requisitos para optar a la promoción (por ejemplo, restricciones de edad y lugar de residencia).

c. El cumplimiento de las normativas que afecten a la promoción y a los premios ofrecidos en ella (por ejemplo, la comunicación a las autoridades pertinentes y la obtención de los permisos necesarios).

2. Las promociones en Facebook deben incluir lo siguiente:

a. Una exoneración completa de Facebook de toda responsabilidad por parte de cada concursante o participante.

b. Un reconocimiento de que la promoción no está patrocinada, avalada, administrada ni asociada en modo alguno a Facebook.

3. Las promociones pueden administrarse en las páginas o aplicaciones de Facebook. Las biografías personales no deben utilizarse como medio para administrar promociones (por ejemplo, no está permitido el uso de oraciones como "compártelo en tu biografía para participar" o "compártelo en la biografía de tu amigo para conseguir participaciones adicionales").

4. No recibirás ayuda en la administración de tu promoción y, al utilizar nuestros servicios para administrarla, aceptas que lo haces bajo tu propia responsabilidad".

Ejemplo del apartado anterior 2.b para las bases de la promoción:

> ***"Facebook no patrocina, avala ni administra de modo alguno esta promoción, ni está asociado a ella. Estás proporcionando tu información a [destinatarios de la información] y no a Facebook. La información que proporciones sólo se utilizará para [fines para los que se utilizará la información de los usuarios]."***

Ver https://www.facebook.com/page_guidelines.php#promotionsguidelines

(viii) Gamificación.

Una de las estrategias más empleadas hoy en día en relación al marketing en redes sociales es la "Gamificación" o en inglés "Gamification". A través de esta estrategia, se pretende captar la atención del usuario mediante su participación activa en determinadas campañas publicitarias en una página web. El usuario va a poder realizar diversas acciones, relacionadas siempre con una red social, por las cuales podrá conseguir incentivos o regalos. En otras palabras, vamos a hacer que una campaña sea *jugable.*

Copyright Riestra Abogados 2013

La principal finalidad de este tipo de estrategias es la viralidad de una acción de marketing. El usuario, mediante el registro en una red social, va realizar diferentes acciones dirigidas de forma general a la comunicación de la acción, mediante comentarios, likes, publicaciones, invitaciones, etc.

En un primer momento, el usuario deberá estar registrado en la red social donde se pretenda comunicar la acción en cuestión. De esta forma, bien directamente a través de la red social o bien a través de la página web del anunciante, el usuario va a poder interactuar para la obtención de determinados beneficios o incentivos.

Una vez registrados, el anunciante propondrá la ejecución de determinadas acciones por las cuales el usuario podrá obtener puntos, incentivos, insignias, etc. Es decir, el usuario debe verse recompensado para incentivar la interacción. Estas acciones podrán estar limitadas en el tiempo o bien por los contenidos y el usuario podrá consultar en todo momento el nivel obtenido a través de la ejecución de las diferentes acciones propuestas. De este modo, existe también cierto nivel de competitividad lo que incentiva aún más la participación en este tipo de estrategias.

Las acciones más comunes propuestas en este tipo de estrategias es la publicación de comentarios en relación a contenidos aportados directamente por el anunciante, el envío de invitaciones a contactos para participar en una concreta promoción, el señalar como interesante ciertos contenidos, o bien compartir estos contenidos. Por supuesto, estas acciones pueden estar relacionadas con una única red social, o ampliar la interacción a diversas redes sociales.

Siempre es conveniente por parte del anunciante establecer de forma previa un guión para la participación de los usuarios. Es decir, debemos tener en cuenta las finalidades que perseguimos (comunicación de marca, viralidad, bases de datos, etc.) y qué tipo de acciones vamos a implementar para atraer al usuario. Asimismo, debemos pensar en el tipo de incentivos que vamos a ofrecer y cómo los vamos a gestionar (puntos, incentivos, participaciones, etc.)

Copyright Riestra Abogados 2013

COOKIES

El Real Decreto 13/2012 establece modificaciones que afectan entre otras normas, a la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI). Se introdujo por ejemplo la prohibición del envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente, entre otras.

No obstante lo anterior, dentro de las modificaciones planteadas, sin duda una de las más importantes es la relativa al **artículo 22 de la LSSI**: respecto a la instalación de cookies, podrá realizarse siempre y cuando los usuarios hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Esto quiere decir que primero hay que informar claramente y segundo, recabar ese consentimiento, es decir, "consentimiento informado". Por lo tanto, los web sites que además de las cookies de carácter necesario, utilicen otras, deben informar y facilitar al usuario su desactivación.

Artículo 22 Derechos de los destinatarios de servicios

Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, ***a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.***

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, siempre que aquél deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto.

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario.

Copyright Riestra Abogados 2013

La Agencia Española de Protección de Datos ha publicado una guía respecto al uso de las Cookies.

A modo de resumen de la guía:

Lo primero es llevar a cabo una revisión de las cookies que se utilizan. Está revisión tendrá como objetivo identificar las cookies que se están instalando, **analizando si son cookies propias o de terceros, de sesión o permanentes** y concretando su función para poder decidir si las mismas se encuentran o no en el ámbito de aplicación del artículo 22.2.

En segundo lugar, en relación con la accesibilidad y visibilidad de la información sobre cookies, (que es distinto que la forma de obtener el consentimiento que se explica en el siguiente punto), se puede potenciar de las siguientes formas:

- A través del formato del enlace: Por ejemplo, incrementando el tamaño del enlace a la información o utilizando una fuente diferente que distingan ese enlace del texto normal de la página web y de otros enlaces.

- A través del posicionamiento del enlace: La localización del enlace en zonas que capten la atención de los usuarios puede ayudar a garantizar su accesibilidad y visibilidad.

- A través de la utilización de una denominación descriptiva e intuitiva para el enlace: La utilización de una expresión explicativa como por ejemplo **"Política de cookies",** en lugar de una expresión más general como "Política de privacidad" para mejorar la accesibilidad y visibilidad del mensaje.

- A través de otras técnicas que ayuden a destacar la importancia de ese enlace informativo, tales como encuadrar o subrayar el enlace, desplegar un aviso cuando el puntero del ratón pasa sobre el enlace o utilizar una imagen o icono sobre el que se pueda hacer clic y que anime a buscar más información."

En tercer lugar, **Informar a los usuarios y obtener su consentimiento:**

Es aconsejable que la citada información, y en particular la relativa a la forma a través de la cual pueden gestionar las cookies, esté a su disposición de forma accesible y permanente en todo momento a través la página web desde la que se presta el servicio.

a.- El suministro de información a través de una barra de encabezamiento o en el pie de página, de forma suficientemente visible.

b.- Al solicitar el alta en un servicio, o antes de descargar un servicio o una aplicación, podrá suministrarse esta información junto con la política de privacidad, o en los términos y condiciones de uso del servicio.

Copyright Riestra Abogados 2013

A fin de mantener la visibilidad de la información sobre las cookies, ésta deberá de ser destacada y separada (mediante un hiperenlace distinto, por ejemplo) del resto.

Para la obtención del consentimiento:

EJEMPLO propuesto por la Agencia:

"Utilizamos cookies propias y de terceros para mejorar nuestros servicios y mostrarle publicidad relacionada con sus preferencias mediante el análisis de sus hábitos de navegación. Si continua navegando, consideramos que acepta su uso. Puede cambiar la configuración u obtener más información aquí".

La obtención del consentimiento que se infiere de una conducta de los usuarios es admisible, pero puede presentar mayores dificultades de prueba sobre su obtención. Esto dependerá, fundamentalmente, de la claridad y accesibilidad de la información que se le haya ofrecido para obtenerlos.

A modo de ejemplo, se entenderá que se ha prestado el consentimiento al seguir navegando cuando tras informar sobre el uso de cookies:

(i) El usuario ha utilizado la barra de desplazamiento, siempre y cuando la información sobre las cookies sea visible sin hacer uso de ésta;

(ii) El usuario ha clicado sobre cualquier enlace contenido en la página.

Ejemplos:

Si solo tenemos analítica web:

"Este sitio web utiliza cookies para obtener datos estadísticos de la navegación de sus usuarios. Si continúa navegando, consideramos que acepta su uso. Si quiere, puede cambiar tus preferencias o ampliar esta información aquí"

Cookies propias y de terceros como de adservers.

"Utilizamos cookies para mejorar nuestros servicios y mostrarle publicidad relacionada con sus hábitos de navegación. Si continua navegando, consideramos que acepta su uso. Puede cambiar la configuración u obtener más información aquí".

Cuando pulsan la opción "AQUÍ" de los ejemplos anteriores hay que mostrar la política de cookies.

Recordar que hay que tener además un enlace denominado "Política de cookies" junto a la política de privacidad. Ver Guía de Cookies de la Agencia Española de Protección de Datos.

Copyright Riestra Abogados 2013

MENORES DE EDAD.

La edad mínima para participar en una red social, o capacidad para actuar en la red:

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal expresa en su artículo 13 que **los menores de 14 años de edad no pueden prestar su consentimiento para efectos de que sus datos sean recabados y tratados, siendo sus representantes legales los únicos que pueden otorgar este consentimiento**. El registro en la red implica que el usuario aporte datos de carácter personal, y es por ello imprescindible que el consentimiento provenga de una persona que tenga capacidad de obrar suficiente. Y esta capacidad sólo la tienen los mayores de 14 años, por lo tanto, esa será la edad mínima de registro.

Ver: Publicidad dirigida a menores.

Copyright Riestra Abogados 2013

MARKETING VIRAL

El marketing viral, diseñado para expandir de forma rápida y directa la marca y mensaje del anunciante a través de los propios usuarios, puede presentar en el entorno online situaciones que según la normativa y la interpretación de la AEPD, entraría en conflicto con una de las prácticas más habituales en este contexto, consistente en reenviar a los contactos del usuario el contenido del anunciante desde el servidor del mismo, o desde el de un tercero contratado para estos efectos *("envía a un amigo").*

La Agencia Española de Protección de Datos dictó la "controvertida" **resolución R/00139/2008**, en un procedimiento en virtud del cual se sancionó a determinada compañía que ofrecía a sus clientes registrados la posibilidad de recomendar a sus amigos y familiares los servicios de la misma, para lo cual existía en su página web una aplicación que permitía remitir a una dirección de correo electrónico un mensaje informativo invitando al destinatario a registrarse. El mensaje que recibía el destinatario incluía un botón que enlazaba directamente con la página de inscripción de clientes.

La Agencia define en esta resolución lo que entiende por Spam señalando que es

"*todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por "spam" cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada entre el público en general es el correo electrónico".*

Recuerda la Agencia además que "el concepto de comunicaciones comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, y, además, ha de realizarse dicha comunicación en los términos que señala el Considerando 17 de la Directiva 2000/31/CE que recoge lo previsto en las citadas Directivas 98/34/CE y 98/84/CE" y que la "LSSI prohíbe el envío de correos comerciales tanto a personas físicas como jurídicas, independientemente de que el correo electrónico las identifique o no".

En relación al consentimiento del interesado para recibir comunicaciones comerciales, la Agencia señala que:

"en relación al concepto de consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, el artículo 3.h) de la LOPD que establece:

Copyright Riestra Abogados 2013

Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen."

En vista de la normativa legal expuesta y del estricto criterio interpretativo de la AEPD, el anunciante tendrá que valorar los riesgos de las acciones virales, más aún si se considera que el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, considera como infracción grave y leve las siguientes:

Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a destinatarios que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando éste no hubiera solicitado o autorizado su remisión o se hubiera opuesto a ella.

Son infracciones leves:

d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a los destinatarios que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella, cuando no constituya infracción grave".

(i) MARKETING VIRAL: RESOLUCIÓN R/00139/2008

Procedimiento Nº PS/00323/2007

RESOLUCIÓN: R/00139/2008

En el procedimiento sancionador **PS/00323/2007,** instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **INICIATIVAS VIRTUALES, S.A.,** vista la denuncia presentada por **DON P.P.P.**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 10 de abril de 2007, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de Don P.P.P. (en lo sucesivo el denunciante), en el que denuncia a Iniciativas Virtuales, S.A. (en lo sucesivo Iniciativas Virtuales), porque le remitió un correo comercial no solicitado a su dirección de correo electrónico. El denunciante manifiesta no haber prestado su consentimiento para la utilización de su dirección electrónica por la citada entidad.

Copyright Riestra Abogados 2013

En la documentación aportada por el denunciante, se puede comprobar que consta una comunicación comercial que fue remitida por .....X..@..... a la dirección de correo electrónico .....A..@....., con fecha 8 de abril de 2007.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Iniciativas Virtuales es una sociedad que ofrece servicios de publicidad y marketing a través de la página web www....Y..... Es titular del dominio *"....Y....."*.

2. Para la gestión de los datos de los clientes, Iniciativas Virtuales ha creado un fichero denominado "*CONSUPERMISO*", inscrito en el Registro General de Protección de Datos con el código ########.

3. Las personas interesadas en recibir ofertas de Iniciativas Virtuales a través de correo electrónico deben inscribirse a través del formulario electrónico dispuesto en la página web www....Y..... Iniciativas Virtuales ha implementado un sistema de autenticación mediante el envío de un correo electrónico tras la recepción de la solicitud de alta, a la dirección indicada por el interesado, siendo necesario responder a dicho correo a modo de confirmación de los datos facilitados. Los datos de los interesados son dados de alta en el fichero "*CONSUPERMISO*" solo en el caso de que se reciba la confirmación de los datos.

4. El envío publicitario que el denunciante manifiesta haber recibido, corresponde a una campaña continua de captación de clientes que promueve Iniciativas Virtuales. Dicha campaña consiste en ofrecer a los clientes registrados la posibilidad de recomendar a sus familiares y amigos los servicios de Iniciativas Virtuales a través de la página web www....Y....., para lo cual existe en dicha página web una facilidad que permite remitir a una dirección de correo electrónico un mensaje informativo invitando al destinatario a registrarse en ....Y..... El mensaje que recibe el destinatario incluye un botón que enlaza directamente con la página de inscripción de clientes.

5. La dirección de correo electrónico .....X..@..... pertenece a un cliente de Iniciativas Virtuales registrado el día 8 de noviembre de 2006, quien supuestamente ha recomendado, a través de la página *"....Y....."* los servicios a .....A..@..... No consta en el fichero información relativa al domicilio o medio de contacto con el usuario .....X..@.....

6. La dirección de correo .....A..@..... no figura en los ficheros de Iniciativas Virtuales y no consta que tenga relación comercial con la empresa.

7. La dirección *"IP **********"* se corresponde con la utilizada por el servidor de correo electrónico *"....Y....."* a través del cual Iniciativas Virtuales envía y recibe los correos electrónicos de Internet.

8. La Inspección de Datos ha verificado que la facilidad de recomendar los servicios de Iniciativas Virtuales a través de su página web, sólo permite el envío de correo informativo a usuarios previamente registrados.

Copyright Riestra Abogados 2013

TERCERO: Con fecha 7 de septiembre de 2007, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a Iniciativas Virtuales, S.A., por la presunta infracción del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, pudiendo ser sancionada con multa de hasta 30.000 €, de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la LSSI.

CUARTO: Notificado el citado Acuerdo de inicio, Iniciativas Virtuales presentó alegaciones en las que señaló que el correo que recibió el denunciante tiene carácter privado, ya que fue recibido desde la dirección .....X..@....., por tanto se trata de una comunicación recibida entre dos particulares, no siendo una comunicación comercial electrónica a los efectos previstos en la LSSI. Iniciativas Virtuales no participó en la decisión de enviar el correo electrónico recibido por el denunciante. Para demostrar su colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos han desactivado la opción del "Programa de afiliación y recomendación". Solicitan que, en el caso de que no se archive este procedimiento, se aplique la cuantía mínima de la sanción que se pueda imponer.

QUINTO: En fecha 18 de octubre de 2007, se acordó por la Instructora del procedimiento la apertura de un período de práctica de pruebas, en el que se dio por reproducidos, a efectos probatorios, los documentos obrantes en las actuaciones previas de investigación E/00541/2007, así como los aportados por la entidad imputada, solicitando que dicha sociedad acreditase el consentimiento del denunciante para el envío de correos publicitarios o que había sido cliente con anterioridad. Iniciativas Virtuales contestó que esa entidad no envió ningún correo comercial. Señala que sólo es un dato personal el correo electrónico de una persona si le identifica.

SEXTO: Transcurrido el período de práctica de pruebas se inició el trámite de audiencia, durante el cual Iniciativas Virtuales solicitó copia de algunos de los documentos que forman parte de este procedimiento. Asimismo, se le envió la notificación del cambio de Instructora del procedimiento. Iniciativas Virtuales presentó alegaciones en las que reitera las manifestaciones vertidas con anterioridad, insistiendo en que esa entidad no realizó el envío.

SÉPTIMO: Emitida Propuesta de Resolución, en el sentido que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancionase a Iniciativas Virtuales con una multa de 600 € (seiscientos euros), por una infracción del artículo 21 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha Ley, dándose traslado para alegaciones.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 8 de abril de 2007, Don P.P.P. recibió un correo comercial no solicitado referido a ....Y..... El correo iba destinado a su dirección de correo .....A..@..... (folios 2-3).

SEGUNDO: Iniciativas Virtuales es una sociedad que ofrece servicios de publicidad y marketing a través de su página web www....Y..... y es titular del dominio ....Y..... (folio 13).

TERCERO: Iniciativas Virtuales tiene inscrito en esta Agencia el fichero denominado "Consupermiso" (folio 13).

CUARTO: Las personas interesadas en recibir ofertas de Iniciativas Virtuales a través de correo electrónico deben inscribirse a través del formulario electrónico dispuesto en la página web

Copyright Riestra Abogados 2013

www....Y..... Iniciativas Virtuales ha implementado un sistema de autenticación mediante el envío de un correo electrónico tras la recepción de la solicitud de alta, a la dirección indicada por el interesado, siendo necesario responder a dicho correo a modo de confirmación de los datos facilitados. Los datos de los interesados son dados de alta en el fichero "Consupermiso" solo en el caso de que se reciba la confirmación de los datos. (folios 13-14).

QUINTO: El envío publicitario recibido por el denunciante, corresponde a una campaña continua de captación de clientes que promueve Iniciativas Virtuales. Dicha campaña consiste en ofrecer a los clientes registrados la posibilidad de recomendar a sus familiares y amigos los servicios de Iniciativas Virtuales a través de la página web www....Y....., para lo cual existe en dicha página web una facilidad que permite remitir a una dirección de correo electrónico un mensaje informativo invitando al destinatario a registrarse en ....Y..... El mensaje que recibe el destinatario incluye un botón que enlaza directamente con la página de inscripción de clientes. (folio 14).

SEXTO: La dirección de correo electrónico .....X..@..... pertenece a un cliente de Iniciativas Virtuales, registrado el día 8 de noviembre de 2006, quien supuestamente ha recomendado, a través de la página "....Y....." los servicios a .....A..@..... No consta en el fichero información relativa al domicilio o medio de contacto con el usuario .....X..@..... (folios 14 y 18-19).

SÉPTIMO: La dirección de correo .....A..@..... no figura en los ficheros de Iniciativas Virtuales y no consta que tenga relación comercial con la empresa. (folio 20).

OCTAVO: La dirección "IP **********" se corresponde con la utilizada por el servidor de correo electrónico "....Y....." a través del cual Iniciativas Virtuales envía y recibe los correos electrónicos de Internet. (folio 14).

NOVENO: La Inspección de Datos ha verificado que la facilidad de recomendar los servicios de Iniciativas Virtuales a través de su página web, sólo permite el envío de correo informativo a usuarios previamente registrados. (folios 14 y 27-28).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El artículo 43.1, segundo párrafo, de la LSSI, otorga a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 21 de la citada Ley.

II

Actualmente se denomina *"spam"* a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por *"spam"* cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada entre el público en general es el correo electrónico.

Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española, tanto por la LSSI (a consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio) como por la Ley

Copyright Riestra Abogados 2013

Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones, han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

La LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa "*el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas*". Es decir, se desautorizan las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes y servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, si bien esta prohibición encuentra la excepción en el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío cuando "*el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que fueron objeto de contratación*". De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del art. 21,2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

Como ya se ha señalado en cuanto a la posible obtención ilícita de los datos del destinatario, la práctica del "*spam*" además de suponer una infracción a la LSSI, puede significar una vulneración de la legislación sobre protección de datos, ya que hay que tener en cuenta que la dirección de correo electrónico puede ser considerada como dato de carácter personal.

La Directiva sobre Privacidad en las Telecomunicaciones, de 12 de julio de 2002, (Directiva 2002/58/CE) actualmente transpuesta en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que modifica varios artículos de la LSSI, introdujo en el conjunto de la Unión Europea el principio de "*opt in*", es decir, la necesidad de contar con el consentimiento previo del destinatario para el envío de correo electrónico con fines comerciales. De este modo, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

Por lo tanto, atendiendo al enunciado del art. 21.1 de la LSSI, resulta esencial delimitar el sentido aplicado por la citada normativa a la exigencia de consentimiento, previo y expresamente manifestado por el destinatario del mensaje, para que pueda admitirse el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico.

La repetida LSSI, que tiene por objeto, entre otras materias, la regulación del envío de las comunicaciones comerciales por vía electrónica, establece expresamente en su artículo 1.2 que las disposiciones contenidas en la misma se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en las normas que tengan como finalidad la protección de datos personales.

Al referirse en el Título III de la LSSI a las "*comunicaciones comerciales por vía electrónica*", el artículo 19 de la LSSI declara igualmente aplicable la LOPD y su normativa de desarrollo, "*en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y*

Copyright Riestra Abogados 2013

mantenimiento de ficheros de datos personales". Esta rotunda previsión legal permite afirmar que, además de lo establecido en la LSSI, serán exigibles en el tratamiento de datos personales para la realización de comunicaciones comerciales por medios electrónicos el conjunto de principios, garantías y derechos contemplados en la normativa de protección de datos de carácter personal.

Por tanto, en relación al concepto de consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, el artículo 3.h) de la LOPD que establece:

"Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen".

Por tanto, de acuerdo con dicha definición, el consentimiento, además de previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser plena y exacta acerca del tipo de tratamiento y su finalidad, con advertencia sobre el derecho a denegar o retirar el consentimiento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

III

Como ya se ha señalado, la LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo de la siguiente manera:

"f) Comunicación comercial»: 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.

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica".

Por su parte el Anexo a) de la citada LSSI reconoce como Servicios de la Sociedad de la Información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los envíos de comunicaciones comerciales.

De acuerdo con lo señalado, es preciso analizar el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información para, a continuación, determinar los supuestos, recogidos en el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI, que no se consideran, a los efectos de esta Ley, como comunicaciones comerciales.

La LSSI en su Anexo a) define como Servicio de la Sociedad de la Información, *"todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario*". A través de dicha definición el Legislador español transpuso el concepto recogido en las Directivas 98/34/CEE, de 22 de junio, del Parlamento y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas

Copyright Riestra Abogados 2013

relativas a los servicios de la Sociedad de la Información, modificada por la Directiva 98/84/CE, de 20 de noviembre, del Parlamento y del Consejo, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. Dicha definición se refiere, tal y como se expresa en el Considerando 17 de la citada Directiva 2000/31/CE, a "*cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la comprensión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio*", añadiendo que estos servicios cuando "*no implica tratamiento y almacenamiento de datos no están incluidos en la presente definición*".

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicaciones comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, y, además, ha de realizarse dicha comunicación en los términos que señala el Considerando 17 de la Directiva 2000/31/CE que recoge lo previsto en las citadas Directivas 98/34/CE y 98/84/CE.

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado, los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

IV

En el presente supuesto, ha quedado acreditado que el denunciante recibió un correo comercial en el que se promociona un producto de Iniciativas Virtuales. Este correo comercial lo recibió con la cabecera siguiente: *"¡Holai, este es un mensaje de tu amigo Internauta 123, que está disfrutando de las ventajas de ....Y....., y te manda este mensaje"* incluyéndose a continuación la publicidad de ....Y..... y la posibilidad de no seguir recibiendo mensajes de dicha publicidad.

Alega la denunciada que ella no ha enviado el correo electrónico sino que lo han enviado desde la dirección .....X..@..... La LSSI no prevé que se pueda enviar ningún correo electrónico con contenido publicitario o promocional, salvo que exista un consentimiento previo e informado o que, previamente, haya habido una relación contractual entre el remitente del correo y el destinatario. LSSI, resulta esencial delimitar el sentido aplicado por la citada normativa a la exigencia de consentimiento, previo y expresamente manifestado por el destinatario del mensaje, para que pueda admitirse el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico.

En el presente supuesto desde la IP de Iniciativas Virtuales se ha enviado un correo comercial a Don P.P.P. sin poder acreditar el consentimiento previo ni la existencia de una relación contractual anterior. Nunca pueden enviarse correos promocionales sin contar con estos requisitos. Iniciativas Virtuales ha ideado un sistema de enviar correos comerciales omitiendo las exigencias de la LSSI (consentimiento previo e informado o que, previamente, haya habido una relación contractual entre el

Copyright Riestra Abogados 2013

remitente del correo y el destinatario) al hacerse a través de personas que si mantienen una relación con dicha entidad, pero que lo único que han de hacer es reenviar el propio correo comercial de Iniciativas Virtuales utilizando incluso la misma IP de la entidad.

Asimismo, alega Iniciativas Virtuales que el correo electrónico del denunciante no es un dato personal ya que no le identifica ni le hace identificable. Olvida Iniciativas Virtuales que la LSSI prohibe el envío de correos comerciales tanto a personas físicas como jurídicas, independientemente de que el correo electrónico las identifique o no.

V

De conformidad con lo establecido en el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:

"3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a destinatarios que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando éste no hubiera solicitado o autorizado su remisión o se hubiera opuesto a ella.

"4. Son infracciones leves:

d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a los destinatarios que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella, cuando no constituya infracción grave".

En consecuencia, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, en los términos indicados por el citado artículo 38.4.d) de la LSSI se califica como infracción leve, con el agravante de que si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o mas de tres a un mismo destinatario, en los términos que se indican el también citado artículo 38.3.c), se producirá una infracción grave a los efectos de la LSSI.

El presente supuesto se ajusta al tipo de infracción establecido en el artículo 38.4 d), calificado como infracción leve, al tratarse de un solo envío de una comunicación comercial por correo electrónico, apreciado a partir del conjunto de hechos y circunstancias constatadas.

VI

A tenor de lo establecido en el artículo 39.1.c) de la LSSI, las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 30.000 euros, estableciéndose los criterios para su graduación en el artículo 40 de la misma norma:

"Artículo 40. Graduación de la cuantía de las sanciones.

La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

Copyright Riestra Abogados 2013

a) La existencia de intencionalidad.

b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.

c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.

d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.

e) Los beneficios obtenidos por la infracción.

f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida".

En base a estos criterios, y en especial, a la ausencia de reincidencia acreditadas en el presente procedimiento, procede imponer a Iniciativas Virtuales, una sanción de 600 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: IMPONER a la entidad **INICIATIVAS VIRTUALES, S.A.,** por una infracción del artículo 21 de la LSSI, tipificada como tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la citada Ley, una multa de 600 € (seiscientos euros), de conformidad con lo establecido en el artículo 39.1.c) y 40 de la citada LSSI.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **INICIATIVAS VIRTUALES, S.A.,** con domicilio en (C/.....), y a **DON P.P.P.**, con domicilio en (C/.....).

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones.

Copyright Riestra Abogados 2013

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Madrid, 20 de febrero de 2008

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA

DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte

Copyright Riestra Abogados 2013

GUÍA SOBRE EL USO DE LAS COOKIES

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

RIESTRA ABOGADOS. Marketing Legal. Calle Génova, nº 7 – 3º izq. 28004 Madrid. T. 91 102 28 88 - www.riestra-abogados.com
Copyright Riestra Abogados 2013

Guía sobre el uso de las cookies

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

adigital
Asociación Española de la Economía Digital

AUTO CON TROL
Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

iab
Interactive Advertising Bureau
www.iabspain.net

Con la colaboración de: anunciantes
asociacion española de anunciantes

INDICE

I. Introducción 2
II. Guía sobre las normas de uso de *cookies* 4
1. **Alcance de las normas** 4
2. **Terminología y definiciones** 7
A. Elementos intervinientes 7
i. *Cookie*. 7
1. Tipos de cookies según la entidad que las gestione 7
2. Tipos de *cookies* según el plazo de tiempo que permanecen activadas 7
3. Tipos de *cookies* según su finalidad 8
ii. Dato 9
iii. Equipo terminal 9
iv. Servicio de la sociedad de la información 9
v. Página Web 9
vi. Espacio publicitario 10
vii. Inventario publicitario 10
B. Partes intervinientes 10
i. Usuario 10
ii. Editor 10
iii. Anunciante 11
iv. Agencias de publicidad y agencias de medios 11
v. Redes publicitarias 12
vi. Empresas de análisis y medición. 13
3. **Obligaciones de las partes** 13
A. Deber de información 14
i. Qué información debe facilitarse 14
ii. Cómo debe mostrarse esa información 14
B. Obtención del consentimiento 18
i. El consentimiento como base para el cumplimiento de la normativa. 18
ii. Quién debe prestar el consentimiento 19
iii. Modalidades de obtención del consentimiento 20
iv. Cuándo pueden instalarse las *cookies* 22
v. Obtención del consentimiento para el uso de *cookies cuando un editor presta servicios a través de diferentes* páginas 23
vi. **Cambios en el uso de las cookies** 23
vii. Retirada del consentimiento para el uso de cookies 23
viii. Posibilidad de denegación de acceso al servicio en caso de rechazo a las *cookies*. 23
4. Responsabilidad de las partes en la utilización de *cookies* 24

I. Introducción

Internet juega un papel fundamental en la sociedad y es uno de los pocos sectores de la economía que actualmente continúa creciendo, posicionándose como pionero en la economía local y europea. Internet contribuye actualmente en un 3,8 del PIB de la Unión Europea y, a nivel nacional representaba ya en el año 2009 el 2%, aportando 23.400 millones al PIB español de forma directa.

Gran parte de la inversión en Internet se hace desde el sector de la publicidad online. Como es sabido, una de las formas en que la publicidad en Internet se lleva a cabo es a través de las *cookies*. Las cookies son herramientas que tienen un papel esencial para la prestación de numerosos servicios de la sociedad de la información que concentran la mayor inversión publicitaria, facilitan la navegación del usuario y ofrecen una publicidad basada en ocasiones en los hábitos de navegación.

La importancia de la publicidad online se refleja en cifras de inversión. Aunque en su conjunto decreció un 1,5 % respecto al año pasado, la inversión en Internet se consolida en la segunda posición (por encima de Diarios) con una inversión de 885 millones de euros). Esto supone un 19,1 % de toda la inversión realizada en medios.

Más allá de las contribuciones directas e indirectas a la economía, la publicidad digital también aporta un importante valor añadido al ciudadano en su rol de consumidor, dado que esta le provee de contenidos a un precio reducido o de forma gratuita. En otras palabras, los ingresos derivados de la publicidad online hacen posible el gran valor que los consumidores obtienen de los servicios online que utilizan. Este excedente es de cerca de 40 Euros al mes por hogar, más de lo que la familia paga por el acceso de banda ancha en el hogar[1].

Al mismo tiempo, debe tenerse presente que la utilización de las *cookies*, en la medida en que supone la descarga de un archivo o dispositivo en el equipo terminal de un usuario con la finalidad de almacenar y recuperar datos que se encuentran en el citado equipo, tiene implicaciones importantes en relación con su privacidad.

Ciudadanos, políticos y organizaciones de consumidores, entre otros, han puesto de manifiesto la necesidad de que se garantice la efectiva tutela de la privacidad. Ese interés ha quedado reflejado asimismo en diversos documentos hechos públicos por las autoridades de protección de datos; entre otros, en las Opiniones del Grupo de Trabajo del artículo 29. La industria, por su parte, es igualmente consciente de que el desarrollo digital pasa por garantizar la confianza de los usuarios en la red y, por tanto, y en este ámbito, por garantizar que la utilización de las cookies se lleve a cabo respetando siempre la privacidad de los usuarios.

[1] White paper "Consumers driving the digital uptake. The economic value of online advertising-based services for consumers". Estudio de McKinsey & Company para IAB Europe (2010)

Obtener la confianza de los usuarios implica que sean conscientes de que sus hábitos de navegación en ocasiones van a ser conocidos por prestadores de servicios en Internet, que puedan valorar las ventajas asociadas a dicho conocimiento y que sepan cómo gestionar la aceptación o el rechazo de tales ventajas.

Y es que mediante la utilización de los dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, como cookies u otros, los prestadores de servicios obtienen datos relacionados con los usuarios que posteriormente podrán ser utilizados para la prestación de los servicios concretos, para servir publicidad o como base para el desarrollo de mejoras o nuevos productos y servicios en ocasiones gratuitos. Esta circunstancia determina la necesidad de implantar un sistema en el que el usuario sea plenamente consciente de la instalación de aquellos dispositivos y de la finalidad de su utilización, siendo en definitiva conocedores del destino de los datos que estén siendo utilizados y las incidencias que este sistema implica en su privacidad. Por ello, la nueva regulación comunitaria y nacional requiere la obtención de un consentimiento informado con el fin de asegurar que los usuarios son conscientes del uso de sus datos y las finalidades para las que son utilizados.

A la hora de determinar el nivel de detalle en la información que se debe proporcionar sobre las cookies, así como la forma en la que debe obtenerse el consentimiento para su instalación y utilización, debe tenerse una referencia clara acerca del nivel de comprensión de los usuarios en relación a las mismas. En este sentido, deben tenerse presente los estudios llevados a cabo hasta la fecha, que ponen de manifiesto que el conocimiento de los usuarios sobre el funcionamiento de las cookies y las opciones disponibles para su gestión es limitada, especialmente entre aquellos que tienen un conocimiento técnico más bajo o utilizan Internet con menos regularidad.

En suma, la industria digital y, en particular, el sector de la publicidad digital y quienes lo representan, son conscientes de la importancia de la privacidad en Internet y de la necesidad de adoptar fórmulas de información y consentimiento que reúnan los requisitos de transparencia y control que exige la normativa, adaptándola al actual nivel de conocimiento de los usuarios; todo ello, protegiendo a su vez la importante inversión en este sector de actividad, pero manifestando el interés de la propia industria por implantar un sistema transparente en este ámbito.

En este sentido, la industria y sus representantes agradecen a la Agencia Española de Protección de Datos su disposición y la oportunidad de cooperar en el diseño de soluciones y muestran el compromiso en el cumplimiento de la normativa en materia de cookies a través de una serie de propuestas. Soluciones que, adoptadas ya por otras autoridades de protección de datos europeas, van dirigidas además a cumplir una labor en la formación y madurez de los usuarios de Internet en el conocimiento de estas herramientas de la sociedad de la información que fomente un uso responsable de las mismas, permitiendo un entorno a un mismo tiempo creativo y transparente.

Las soluciones propuestas en la presente guía pretenden ofrecer orientaciones sobre cómo cumplir con las obligaciones previstas en el apartado segundo del artículo 22 de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, tras su modificación por el *Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista* (en adelante, LSSI).

Sin perjuicio de posibles desarrollos ulteriores para actualizarlas o dar respuestas concretas a modelos de negocio más complejos que los aquí contemplados.

Dadas las múltiples complejidades que plantea el uso de las cookies, estas orientaciones no pretenden ofrecer una solución general y uniforme para el cumplimiento de la Ley sino que deben servir de guía para que las entidades afectadas reflexionen y adopten decisiones sobre la solución más adecuada a sus intereses y modelo de negocio.

II. Guía sobre las normas de uso de *cookies*

1. Alcance de las normas

El apartado segundo del artículo 22 de la LSSI establece:

2. Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, siempre que aquél deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto.
Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario.

En consecuencia, las orientaciones de esta guía serán de utilidad a aquellos supuestos a los que resulte aplicable el apartado segundo del artículo 22 de la LSSI de conformidad con lo establecido en el Capítulo II de la propia LSSI que lleva por título “Ámbito de aplicación”.

En particular, conviene precisar que, de conformidad con el precepto transcrito, el mismo aplica a cualesquiera *"dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos"* en cualesquiera *"equipos terminales de los destinatarios"* y que el Anexo de la citada LSSI define como "*Destinatario del servicio* o *destinatario"* a la "*persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información*".

Así pues, el artículo 22 de la LSSI y la presente guía se refieren a la instalación de *cookies* y tecnologías similares utilizadas (tales como *local shared objects* o *flash cookies*[2], *etc.*) para almacenar y recuperar datos de un equipo terminal (por ejemplo, un ordenador, un teléfono móvil o un *tablet*) de una persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información.

En todo caso nos permitimos recordar que cuando la instalación y/o utilización de una *cookie* conlleve el tratamiento de datos personales, los responsables de tal tratamiento deberán asegurarse del cumplimiento de las exigencias adicionales establecidas por la normativa sobre protección de datos personales, en particular en relación con los datos especialmente protegidos.

Asimismo, es conveniente recordar la necesidad de adoptar cautelas adicionales en este ámbito en relación con los menores de edad.

Finalmente, con la finalidad de determinar el alcance de la normativa y de esta guía es necesario señalar que quedan exceptuadas del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 22.2 de la LSSI las cookies utilizadas para alguna de las siguientes finalidades:

- Permitir únicamente la comunicación entre el equipo del usuario y la red.
- Estrictamente prestar un servicio expresamente solicitado por el usuario.

En este sentido el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su Dictamen 4/2012[3] ha interpretado que entre las cookies exceptuadas estarían aquellas que tienen por finalidad:

- Cookies de «entrada del usuario»[4]
- Cookies de autenticación o identificación de usuario (únicamente de sesión)
- Cookies de seguridad del usuario[5]

---

[2] Local shared objects o flash cookies: Los LSO o flash cookies son un tipo de cookies que pueden almacenar mucha más información que las cookies tradicionales. Al ser independientes del navegador utilizado son más difíciles de localizar, visualizar o borrar y pueden utilizarse, por ejemplo, para regenerar cookies estándar.

[3] http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_es.pdf

[4] Las cookies de sesión y de entrada de usuario se suelen utilizar para rastrear las acciones del usuario al rellenar los formularios en línea en varias páginas, o como cesta de la compra para hacer el seguimiento de los artículos que el usuario ha seleccionado al pulsar un botón.

- Cookies de sesión de reproductor multimedia
- Cookies de sesión para equilibrar la carga
- Cookies de personalización de la interfaz de usuario
- Cookies de complemento (plug-in) para intercambiar contenidos sociales

Así pues, puede entenderse que estas *cookies* quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 22.2 de la LSSI, y por lo tanto, no sería necesario informar ni obtener el consentimiento sobre su uso. Por el contrario, será necesario informar y obtener el consentimiento para la instalación y utilización de cualesquiera otro tipo de *cookies*, tanto de primera como de tercera parte, de sesión o persistentes, quedando sometidas al ámbito de aplicación del artículo 22.2 de la LSSI y, sobre las que serán útiles las orientaciones de esta guía.

El citado dictamen indica que para que una cookie pueda estar exenta del deber de consentimiento informado, su caducidad debe estar relacionada con su finalidad. Debido a ello es mucho más probable que se consideren como exceptuadas las cookies de sesión que las persistentes.

En todo caso, deberá tenerse en cuenta que una misma *cookie* puede tener más de una finalidad, por lo que existe la posibilidad de que mientras para una finalidad o tratamiento la cookie quede exceptuada del ámbito de aplicación del artículo 22.2 de la LSSI, no lo esté para otras finalidades, quedando sujetas al ámbito de aplicación de dicho precepto.

[5] Por ejemplo, las cookies utilizados para detectar intentos erróneos y reiterados de conexión a un sitio web.

2. Terminología y definiciones

A los efectos de la presente guía resulta útil definir previamente una serie de conceptos

A. Elementos intervinientes

i. *Cookie*.

La LSSI es aplicable a cualquier tipo de archivo o dispositivo que se descarga en el equipo terminal de un usuario con la finalidad de almacenar datos que podrán ser actualizados y recuperados por la entidad responsable de su instalación.

La cookie es uno de esos dispositivos de uso generalizado por lo que, en adelante, denominaremos genéricamente estos dispositivos como cookies.

Estos archivos permiten el almacenamiento en el terminal del usuario de cantidades de datos que van de unos pocos kilobytes a varios Megabytes.

A continuación, se realiza una clasificación de las *cookies* en función de una serie de categorías. No obstante es necesario tener en cuenta que una misma *cookie* puede estar incluida en más de una categoría.

1. Tipos de cookies según la entidad que las gestione

Según quien sea la entidad que gestione el equipo o dominio desde donde se envían las *cookies* y trate los datos que se obtengan, podemos distinguir:

- *Cookies* propias: Son aquéllas que se envían al equipo terminal del usuario desde un equipo o dominio gestionado por el propio editor y desde el que se presta el servicio solicitado por el usuario.

- *Cookies* de tercero: Son aquéllas que se envían al equipo terminal del usuario desde un equipo o dominio que no es gestionado por el editor, sino por otra entidad que trata los datos obtenidos través de las cookies.

En el caso de que las cookies sean instaladas desde un equipo o dominio gestionado por el propio editor pero la información que se recoja mediante éstas sea gestionada por un tercero, no pueden ser consideradas como cookies propias.

2. Tipos de *cookies* según el plazo de tiempo que permanecen activadas

Según el plazo de tiempo que permanecen activadas en el equipo terminal podemos distinguir:

- *Cookies* de sesión: Son un tipo de *cookies diseñadas para* recabar y almacenar datos mientras el usuario accede a una página web.

Se suelen emplear para almacenar información que solo interesa conservar para la prestación del servicio solicitado por el usuario en una sola ocasión (p.e. una lista de productos adquiridos).

- *Cookies* persistentes: Son un tipo de *cookies* en el que los datos siguen almacenados en el terminal y pueden ser accedidos y tratados durante un periodo definido por el responsable de la cookie, y que puede ir de unos minutos a varios años.

3. Tipos de *cookies* según su finalidad

Según la finalidad para la que se traten los datos obtenidos a través de las cookies, podemos distinguir entre:

- *Cookies* técnicas: Son aquéllas que permiten al usuario la navegación a través de una página web, plataforma o aplicación y la utilización de las diferentes opciones o servicios que en ella existan como, por ejemplo, controlar el tráfico y la comunicación de datos, identificar la sesión, acceder a partes de acceso restringido, recordar los elementos que integran un pedido, realizar el proceso de compra de un pedido, realizar la solicitud de inscripción o participación en un evento, utilizar elementos de seguridad durante la navegación, almacenar contenidos para la difusión de videos o sonido o compartir contenidos a través de redes sociales.

- *Cookies* de personalización: Son aquéllas que permiten al usuario acceder al servicio con algunas características de carácter general predefinidas en función de una serie de criterios en el terminal del usuario como por ejemplo serian el idioma, el tipo de navegador a través del cual accede al servicio, la configuración regional desde donde accede al servicio, etc.

- *Cookies* de análisis: Son aquéllas que permiten al responsable de las mismas, el seguimiento y análisis del comportamiento de los usuarios de los sitios web a los que están vinculadas. La información recogida mediante este tipo de cookies se utiliza en la medición de la actividad de los sitios web, aplicación o plataforma y para la elaboración de perfiles de navegación de los usuarios de dichos sitios, aplicaciones y plataformas, con el fin de introducir mejoras en función del análisis de los datos de uso que hacen los usuarios del servicio.

Respecto al tratamiento de datos recabados a través de las cookies de análisis, el grupo de trabajo del articulo 29 ha manifestado que, a pesar de que no están exentas del deber de obtener un consentimiento informado para su uso, es poco probable que representen un riesgo para la privacidad de los usuarios siempre que se trate de cookies de primera parte, que traten datos agregados con una

finalidad estrictamente estadística, que se facilite información sobre sus uso y se incluya la posibilidad de que los usuarios manifiesten su negativa sobre su utilización.

- *Cookies* publicitarias: Son aquéllas que permiten la gestión, de la forma más eficaz posible, de los espacios publicitarios que, en su caso, el editor haya incluido en una página web, aplicación o plataforma desde la que presta el servicio solicitado en base a criterios como el contenido editado o la frecuencia en la que se muestran los anuncios.

- *Cookies de* publicidad comportamental: Son aquéllas que permiten la gestión, de la forma más eficaz posible, de los espacios publicitarios que, en su caso, el editor haya incluido en una página web, aplicación o plataforma desde la que presta el servicio solicitado. Estas cookies almacenan información del comportamiento de los usuarios obtenida a través de la observación continuada de sus hábitos de navegación, lo que permite desarrollar un perfil específico para mostrar publicidad en función del mismo.

ii. Dato

Es la información que se almacena y/o se recupera del equipo terminal del usuario a través de la utilización de las *cookies*.

iii. Equipo terminal

Es el dispositivo en que se descarga la *cookie* y desde el cual el usuario accede al servicio, el cual puede ser un ordenador personal, un teléfono móvil, un *tablet*, etc.

iv. Servicio de la sociedad de la información

Es todo servicio prestado a petición individual de un usuario a título oneroso o no, a distancia, por vía electrónica siempre que, a efectos de esta Guía, constituya una actividad económica para el editor cuya prestación origina la utilización de las *cookies*. Por ejemplo la prestación de un servicio de acceso a la información a través de una página web o de una aplicación móvil creada por una revista o periódico, de un servicio financiero, de un servicio de entretenimiento, de un servicio de comercio electrónico de una tienda *on-line*, etc.

v. Página Web

Los servicios de la Sociedad de la información pueden ser prestados por el editor a través una plataforma, aplicación informática o un sitio web al cual accede el usuario desde su equipo terminal.

Las cookies o dispositivos de almacenamiento han estado tradicionalmente asociados a las páginas web. Sin embargo, éstos son actualmente utilizados tanto

en páginas web como en otro tipo de plataformas y aplicaciones (e.g. las aplicaciones para teléfonos inteligentes y tabletas). A lo largo de este texto se utilizará el término página web para englobar todos estos posibles medios.

vi. Espacio publicitario

Es un lugar en el que el editor prevé, cuando programa la página web, que aparezca la publicidad de los productos, imagen o servicios de los anunciantes. Existe una gran variedad de espacios o formatos publicitarios; desde los que se integran en la propia aplicación como los banners[6], rascacielos[7], roba páginas[8], botones y los enlaces de texto, hasta los denominados flotantes como los *pop ups*[9], *layers*[10], cortinillas o *interstitials* de tránsito[11], etc.

vii. Inventario publicitario

Es la suma de todos los espacios publicitarios en los que el editor prevé que aparezca la publicidad de los productos, imagen o servicios de los anunciantes. Es el conjunto de la oferta de espacios publicitarios de un editor.

B. Partes intervinientes

i. Usuario

Es el destinatario, persona física, que accede al servicio prestado por un editor, pudiendo diferenciarse entre usuario registrado y no registrado. No obstante utilizarse, en la normativa legal, el término destinatario del servicio, en la presente guía se emplea el término usuario, por ser éste de uso más común.

ii. Editor

Es cualquier entidad prestadora de servicios de la sociedad de la información titular de una página web a los que puede acceder un usuario y para cuya prestación se utilizan *cookies*.

Por ejemplo, éste sería el caso del titular de una carpintería o de una pescadería que disponga de una página web a través de la cual ofrezca simplemente información relacionada con los servicios que presta o disponga de una tienda on-

---

[6] Banner: Anuncio con forma de rectángulo horizontal ubicado en la parte superior de las páginas web y que puede usar tecnología gif, animado, flash o jpeg.
[7] Rascacielos: Anuncio con forma de rectángulo vertical ubicado en los laterales de las páginas web y que puede usar tecnología gif, flash o jpeg.
[8] Robapáginas: Anuncio con forma cuadrada generalmente integrado en una ubicación fija de una página.
[9] Pop up: Formato que aparece como una ventana emergente sobre una ventana del navegador abierta.
[10] Layers: Formato flotante que se superpone al contenido de la página y que se mueve por la pantalla.
[11] Cortinillas o interstitials de tránsito: Anuncios que aparecen entre dos páginas dentro de una web. También conocidos como “páginas de bienvenida” y “anuncios de transición”.

line a través de la cual se puedan efectuar transacciones comerciales o haya creado una aplicación para móviles para cuyo funcionamiento puede ser necesario la utilización de *cookies*.

Algunos editores, además de prestar un servicio a los usuarios ofertan, actuando como soportes, por si mismos o con la ayuda de uno o varios terceros, espacios publicitarios a los anunciantes para cuya gestión es necesaria la utilización de *cookies*.

Éste sería, por ejemplo, el caso de una revista o de un medio de comunicación que presta a los usuarios un servicio de información a través de una página o una aplicación móvil y, a su vez, ofrece junto a esta información publicidad sobre los servicios, productos o imagen de uno o varios anunciantes.

A la luz de esta definición se puede observar el doble papel o función que puede desarrollar un editor. Actúa como prestador de un servicio al usuario, para cuya prestación puede ser necesaria la utilización de *cookies*. Cuando actúa como soporte puede además ofertar a los anunciantes espacios publicitarios que estarán gestionados bien por el mismo editor o bien por una o más entidades simultáneamente, mediante el uso tecnologías que pueden requerir el uso de cookies para su funcionamiento.

iii. Anunciante

Es la entidad cuyos productos, servicios o imagen se publicitan a través de los espacios publicitarios de los que disponen, en su caso, los editores en sus páginas u otras aplicaciones desde las que prestan los servicios a los usuarios. En este sentido, actúa como demandante de espacios publicitarios.

Frecuentemente, el editor también suele actuar como anunciante. En estos casos, el editor actúa como anunciante desde el momento en que para realizar publicidad del servicio que presta a los usuarios se sirve de los espacios publicitarios que ponen a su disposición otros editores.

Éste sería el caso, por ejemplo, en el que el titular de una carpintería o de una pescadería, cuando además de actuar como editor de su propia página web desde la que presta el servicio, actúa como anunciante al contratar la difusión publicitaria de sus productos o servicios directamente con otro editor, editores o, indirectamente, con una red publicitaria.

iv. Agencias de publicidad y agencias de medios

Son entidades que se encargan del diseño y ejecución de publicidad, así como de la creación, preparación o programación de las campañas publicitarias de los anunciantes, actuando en nombre y por cuenta de estos en la contratación de espacios publicitarios. En este sentido, también se les puede considerar como demandantes de espacios publicitarios para los anunciantes.

v. Redes publicitarias

Son un conjunto de entidades que, actuando en nombre y representación directa o indirectamente de uno o varios editores, ofrecen, también directamente a los anunciantes o, indirectamente a través otros demandantes, como las Agencias de publicidad, la posibilidad de obtener espacios publicitarios o algún tipo de resultado concreto como clicks, ventas o registros, a través de la gestión y tratamiento de los datos obtenidos de la utilización de las cookies descargadas o almacenadas en los equipos terminales de los usuarios, cuando éstos acceden a los servicios prestados por el editor.

La finalidad de la labor de estas entidades es llevar a cabo, de la mejor manera posible, la gestión del inventario de espacios publicitarios, cuya titularidad, corresponde a los editores, de forma que converja con la demanda de los anunciantes.

Es el editor quien decide si la totalidad o parte del inventario, del que dispone, es gestionado por una entidad en exclusiva o por varias entidades simultáneamente en función de los criterios que establezca.

Este tipo de entidades suelen realizar una agregación de la oferta de los espacios publicitarios y de los inventarios de varios editores.

Algunas de estas entidades recaban, mediante las cookies que gestionan, información de los hábitos de navegación de los usuarios que acceden a los servicios o páginas ofrecidos por cualquiera de los editores a quienes representan. Los datos son recabados con la finalidad de que la difusión de las piezas publicitarias de los anunciantes sea lo más eficiente posible. Para ello analizan los hábitos de los usuarios en Internet con el fin de ofrecerles la publicidad más adecuada a los intereses asociados a su perfil de navegación. Este tipo de entidades actúan en el lado de la oferta, como ofertantes de espacios, en nombre y representación, directa o indirectamente de uno o varios editores.

A pesar de que este tipo de entidades muestran a sus clientes de manera agregada los datos obtenidos como resultado de la utilización de las *cookies*, será necesario informar y obtener el consentimiento de los usuarios para la recogida de dichos datos y su agregación y tratamiento posterior con la finalidad de gestionar la oferta de los espacios de los editores. Generalmente se realizará desde la página web de los editores que usen este tipo de cookies propias o de terceros.

Para llevar a cabo la gestión de estos espacios publicitarios de la forma más eficaz posible se emplean diferentes tipos de equipos, tecnologías, programas o aplicaciones de gestión, como adServers[12], adExchanges[13], etc. que tratan en

12 adServer (Servidor de anuncios): Los adserver son programas o plataformas de gestión utilizados para administrar el inventario de anuncios de un editor. Para ello se suelen emplear cookies de terceros, de forma que estas cookies son enviadas al equipo terminal del usuario no

tiempo real los datos obtenidos, de forma que las piezas publicitarias de los anunciantes se incluyen en los espacios publicitarios de los editores de forma automática en función de los criterios que se establezcan en cada caso.

Finalmente también es necesario señalar que es frecuente que esta labor de gestión sea subcontratada de forma total o parcial a otras empresas especializadas en el desarrollo de las actuaciones necesarias para la gestión de los espacios publicitarios.

vi. Empresas de análisis y medición.

Son entidades que miden y/o analizan el comportamiento de la navegación de los usuarios en la página web de un editor, actuando en su nombre y representación, a través del análisis de los datos obtenidos con la utilización de las *cookies* con la finalidad de mejorar el servicio que presta el editor.

Generalmente para la prestación de este tipo de servicios se utilizan lo que se denominan "*cookies* de terceros", es decir, *cookies* que son enviadas al equipo terminal del usuario no desde un equipo o dominio gestionado y controlado por el editor sino desde un equipo o dominio gestionado por la propia entidad que realiza el análisis de los datos.

Dada la multiplicidad de entidades intervinientes corresponderá a cada una analizar la labor que desarrolla para posicionarse en uno u otro papel de cara a la determinación de la responsabilidad en la que incurren y al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa y desarrolladas en la presente guía.

3. Obligaciones de las partes

Las obligaciones legales impuestas por la normativa son dos, a saber: el deber de información y la obtención del consentimiento.

Con carácter previo al estudio por parte de las entidades intervinientes de las soluciones más apropiadas para dar cumplimiento a las citadas obligaciones (de acuerdo con la naturaleza de su actividad, el modelo de negocio que desarrollan y el alcance de su responsabilidad), se recomienda a las mismas llevar a cabo una revisión de las cookies que se utilizan, bien internamente, bien con el asesoramiento de asociaciones o entidades especializadas. Está revisión tendrá

---

desde un dominio gestionado y controlado por el propio editor, sino desde uno gestionado por el adserver.

[13] adExchange (Intercambiador de anuncios): Sistema informático que permite la subasta automatizada de espacios publicitarios de editores por los que pujan los anunciantes y otros agentes autorizados para ello. La subasta se realiza en tiempo real utilizando los criterios establecidos por ambas partes por lo que las entidades participantes no saben, hasta que se muestra, cuál será la publicidad que se mostrará en un espacio subastado mediante esta infraestructura. Los adexchanges pueden o no utilizar cookies en función de la configuración establecida por el editor.

como objetivo identificar las *cookies* que se están instalando o utilizando, analizando si son *cookies* propias o de terceros, de sesión o permanentes y, concretando su función para poder decidir si las mismas se encuentran o no en el ámbito de aplicación del artículo 22.2.

Teniendo en cuenta los posibles cambios que se pueden producir en la gestión y uso de las cookies, es recomendable realizar periódicamente esta revisión a fin de actualizar la información disponible sobre éstas.

En este contexto, debe valorarse específicamente si es necesaria la instalación de cookies persistentes puesto que los riesgos para la privacidad podrían reducirse mediante la utilización de cookies de sesión. En todo caso cuando se instalen cookies persistentes, deberá reducirse al mínimo necesario su duración temporal atendiendo a la finalidad de su uso..

En todo caso, se recuerda la conveniencia de que las soluciones que se implementen para dar cumplimiento a las obligaciones del art.22.2 LSSI deben ser tecnológicamente neutrales y que, por tanto, deben ser soluciones que la mayoría de navegadores reconozcan.

A. Deber de información

i. Qué información debe facilitarse

El apartado segundo del artículo 22 de la LSSI establece que se debe facilitar a los usuarios información clara y completa sobre la utilización de los dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos y, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Por consiguiente, la información sobre las *cookies* facilitada en el momento de solicitar el consentimiento debe ser suficientemente completa para permitir a los usuarios entender la finalidad para las que se instalaron y conocer los usos que se les darán.

En el caso de que un usuario preste su consentimiento para el uso de cookies, la información sobre cómo revocar el consentimiento y eliminar las cookies deberá de estar a su disposición de forma accesible y permanente.

Además de facilitar la información necesaria para que los usuarios puedan prestar, en el momento requerido, un consentimiento valido, es aconsejable que la citada información, y en particular la relativa a la forma a través de la cual pueden gestionar las *cookies*, esté a su disposición de forma accesible y permanente en todo momento a través la página web desde la que se presta el servicio.

ii. Cómo debe mostrarse esa información

El Grupo de Trabajo del artículo 29 ha establecido en su Dictamen 15/2011, con el objetivo de garantizar una información adecuada, dos requisitos que afectan por un lado, a la calidad de la información y, por otro lado, a la accesibilidad y visibilidad de la misma.

En primer lugar en relación con la *calidad* de la información facilitada se recomienda:

- Tener en cuenta el tipo de usuario medio al que se dirige esa página web y adecuar el lenguaje y el contenido de los mensajes a su nivel técnico. Cuanto menor sea el nivel técnico del usuario medio de esa página web, más sencillo deberá ser el lenguaje que se utilice (evitando terminología técnica poco comprensible) y más completa la información que se ofrezca, partiendo de los aspectos más básicos de qué son las *cookies* y cómo funcionan. En todo caso, ese menor nivel técnico no deberá ser óbice para que la información facilitada sea lo más clara posible, evitando recargar la información con detalles innecesarios que hagan farragosa su lectura.

Por el contrario, si los usuarios a los que se dirige la página web gozan de un elevado nivel de conocimientos sobre Internet, puede no ser necesario proporcionar la información básica sobre qué son las *cookies* y cómo funcionan, si bien deberán incluir en todo caso información detallada sobre qué tipo de *cookies* se utilizan en esa página y con qué fines.

En el momento actual, debe partirse de que el nivel de conocimiento de los usuarios sobre las cookies y su gestión es muy reducido.

- Tener en cuenta el diseño y mecánica de la página web. Cuanto mejor encaje la información que se ofrezca sobre las *cookies* con el resto de los contenidos de la página web y su mecánica de funcionamiento, más probable es que esa información sea leída por los usuarios.

En segundo lugar, en relación con la *accesibilidad y visibilidad* de la información sobre cookies se puede potenciar de las siguientes formas:

- A través del formato del enlace: Por ejemplo, incrementando el tamaño del enlace a la información o utilizando una fuente diferente que distingan ese enlace del texto normal de la página web y de otros enlaces.

- A través del posicionamiento del enlace: La localización del enlace en zonas que capten la atención de los usuarios puede ayudar a garantizar su accesibilidad y visibilidad.

- A través de la utilización de una denominación descriptiva e intuitiva para el enlace: La utilización de una expresión explicativa como por ejemplo “Política de

cookies", en lugar de una expresión más general como "Política de privacidad" para mejorar la accesibilidad y visibilidad del mensaje.

- A través de otras técnicas que ayuden a destacar la importancia de ese enlace informativo, tales como encuadrar o subrayar el enlace, desplegar un aviso cuando el puntero del ratón pasa sobre el enlace o utilizar una imagen o icono sobre el que se pueda hacer clic y que anime a buscar más información."

Informar a los usuarios y obtener su consentimiento no es algo nuevo en Internet. La mayor parte de los sitios web saben qué métodos utilizar para atraer la atención de los usuarios hacia aquellas informaciones que se desean resaltar, como en el caso de promociones, ofertas o encuestas de satisfacción, y para obtener el consentimiento de sus usuarios, aunque sea en otros contextos (cambios en los términos y condiciones de uso, confirmación de compras o verificaciones de edad mínima requerida). El modo en que se informe y se obtenga el consentimiento de los usuarios debería aprovechar la experiencia adquirida mediante estos métodos.

En todo caso, la información obligatoria podrá ofrecerse mediante múltiples sistemas. Como más adelante veremos, generalmente con estos medios no sólo se suministrará la información necesaria, sino que se también se podrá solicitar el consentimiento del usuario para la instalación de los dispositivos. Entre los métodos más comunes destacamos:

a.- El suministro de información a través de una barra de encabezamiento o en el pie de página, de forma suficientemente visible.

b.- Al solicitar el alta en un servicio, o antes de descargar un servicio o una aplicación, podrá suministrarse esta información junto con la política de privacidad, o en los términos y condiciones de uso del servicio.

A fin de mantener la visibilidad de la información sobre las cookies, ésta deberá de ser destacada y separada (mediante un hiperenlace distinto, por ejemplo) del resto de de la información sobre términos y condiciones de uso o política privacidad.

En caso de que sea necesario obtener el consentimiento para la instalación de las *cookie*s por parte de usuarios ya registrados (es decir, que ya están dados de alta en el servicio) habrá que informarles de manera verificable sobre los cambios realizados en relación con el tratamiento de las *cookie*s y de que en caso que continúen utilizando el servicio se entenderá que consienten la instalación de las mismas.

En ambos supuestos también será posible suministrar la información y obtener el consentimiento a través de medios convencionales (off-line), siempre y cuando, quede constancia de que los usuarios han sido informados individualmente y han facilitado su consentimiento.

c.- La información por capas.

Este sistema consiste en mostrar la información esencial en una primera capa, cuando se accede a la página o aplicación, y completarla en una segunda capa mediante una página en la que se ofrezca información adicional sobre las cookies.

1.- En la primera capa se incluiría la siguiente información:

- Advertencia del uso de *cookies* no exceptuadas que se instalan al navegar por dicha página o al utilizar el servicio solicitado.
- Identificación de las finalidades de las cookies que se instalan. Información sobre si la instalación y uso de las cookies será solo del editor responsable de la web, o también de terceros asociados a él.
- En su caso, advertencia de que si se realiza una determinada acción, se entenderá que el usuario acepta el uso de las cookies.
- Un enlace a una segunda capa informativa en la que se incluye una información más detallada.

Esta información se facilitará a través de un formato que sea visible para el usuario y que deberá mantenerse hasta que el usuario realice la acción requerida para la obtención del consentimiento.

EJEMPLO:
Utilizamos cookies propias y de terceros para mejorar nuestros servicios y mostrarle publicidad relacionada con sus preferencias mediante el análisis de sus hábitos de navegación. Si continua navegando, consideramos que acepta su uso. Puede cambiar la configuración u obtener más información aquí.

Como puede observarse, este ejemplo ofrece información sobre el uso por el editor y por terceros de cookies analíticas y de publicidad comportamental. Deberían analizarse las cookies utilizadas para así adaptar la información a cada situación particular.

2.- En la segunda capa se incluiría la siguiente información:

- Definición y función de las *cookies*

EJEMPLO:
¿Qué son las *cookies*? Una *cookie* es un fichero que se descarga en su ordenador al acceder a determinadas páginas web. Las *cookies* permiten a una página web, entre otras cosas, almacenar y recuperar información sobre los hábitos de navegación de un usuario o de su equipo y, dependiendo de la información que contengan y de la forma en que utilice su equipo, pueden utilizarse para reconocer al usuario.

- Información a través de un cuadro o listado sobre el tipo de *cookies* que utiliza la página web y su finalidad.

EJEMPLO:
¿Qué tipos de *cookies* utiliza esta página web?

- Cookies de análisis: Son aquéllas que bien tratadas por nosotros o por terceros, nos permiten cuantificar el número de usuarios y así realizar la medición y análisis estadístico de la utilización que hacen los usuarios del servicio ofertado. Para ello se analiza su navegación en nuestra página web con el fin de mejorar la oferta de productos o servicios que le ofrecemos.
- Cookies publicitarias: Son aquéllas que, bien tratadas por nosotros o por terceros, nos permiten gestionar de la forma más eficaz posible la oferta de los espacios publicitarios que hay en la página web, adecuando el contenido del anuncio al contenido del servicio solicitado o al uso que realice de nuestra página web. Para ello podemos analizar sus hábitos de navegación en Internet y podemos mostrarle publicidad relacionada con su perfil de navegación.

- Información sobre la forma de desactivar o eliminar las *cookies* enunciadas a través de las funcionalidades facilitadas por el editor, las herramientas proporcionadas por el navegador o el terminal o través de las plataformas comunes que pudieran existir, para esta finalidad, así como la forma de revocación del consentimiento ya prestado.

EJEMPLO:
Puede usted permitir, bloquear o eliminar las cookies instaladas en su equipo mediante la configuración de las opciones del navegador instalado en su ordenador.

Para más información sobre Navegador A pulse aquí.
Para más información sobre Navegador B pulse aquí.
Para más información sobre Navegador C pulse aquí.
Para más información sobre Navegador D pulse aquí.
Para más información sobre Navegador E pulse aquí.

- Información sobre la identificación de quién utiliza las cookies, esto es, si la información obtenida por las cookies es tratada solo por el editor y/o también por terceros con los que editor haya contratado la prestación de un servicio para el cual se requiera el uso de cookies, con identificación de estos últimos.

B. Obtención del consentimiento

i. El consentimiento como base para el cumplimiento de la normativa.

Para la instalación y utilización de las *cookies* no exceptuadas será necesario en todo caso obtener el consentimiento del usuario. Este consentimiento podrá

obtenerse mediante fórmulas expresas, como haciendo clic en un apartado que indique "consiento", "acepto", u otros términos similares. También podrá obtenerse infiriéndolo de una determinada acción realizada por el usuario, en un contexto en que a éste se le haya facilitado información clara y accesible sobre las finalidades de las cookies y de si van a ser utilizadas por el mismo editor y/o por terceros, de forma que quepa entender que el usuario acepta que se instalen *cookies. En todo caso la mera inactividad del usuario no implica la prestación del consentimiento por sí misma*.

Para que dicho consentimiento sea válido será necesario que el que consentimiento haya sido otorgado de forma informada. Por tanto, es necesario tener en cuenta:

1. Que las modalidades de prestación del consentimiento pueden ser variadas. La obtención del consentimiento a través de un "click" del usuario o de una conducta similar no cabe duda de que facilitará la prueba de que se ha obtenido. Esta fórmula puede ser más apropiada para usuarios registrados. La obtención del consentimiento que se infiere de una conducta de los usuarios es admisible, pero puede presentar mayores dificultades de prueba sobre su obtención. Esto dependerá, fundamentalmente, de la claridad y accesibilidad de la información que se le haya ofrecido para obtenerlos.

2. Que el usuario deberá haber realizado algún tipo de acción consciente y positiva de la cual pueda inferirse el consentimiento del usuario.

3. Que el usuario tendrá que haber sido informado previamente y con claridad de qué concreta acción suya será interpretada en el sentido de que acepta la instalación y utilización de las *cookies*.
   Por ejemplo, deberá informársele con claridad en aquellos casos en los que la solicitud por parte del usuario de un servicio sea interpretada a su vez como una expresión de su conformidad para que, además de proporcionarle el servicio, se pueda almacenar o acceder a la información en el dispositivo del usuario.

4. Que el usuario, en todo caso, podrá negarse a aceptar las *cookies*, incluso en aquellos casos en los que como consecuencia de tal negativa la funcionalidad de la página web quede limitada o no sea posible.

ii. Quién debe prestar el consentimiento

De conformidad con el apartado 2 del artículo 22 de la LSSI el consentimiento debe ser prestado por los "destinatarios" de los servicios de la sociedad de la información.

De acuerdo con el apartado d) del Anexo de la LSSI por "*Destinatario del servicio* o *destinatario" debe entenderse "la persona física o jurídica que utiliza, sea o no*

por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información". Y conforme a las definiciones realizadas en el apartado correspondiente el término destinatario coincide con el de usuario, que es el utilizado en la presente guía.

iii. Modalidades de obtención del consentimiento

La determinación de qué método será apropiado para obtener el consentimiento para usar *cookies* dependerá del tipo de *cookies* que se van a instalar, de su finalidad, y de si son propias o de terceros. Un aspecto a tener en cuenta es si la relación con el usuario la tiene el editor o los terceros.

En este sentido, debe indicarse si el consentimiento se presta sólo para la página web en la que se está solicitando o si se facilita también para otras páginas web del mismo editor o incluso para terceros asociados al editor en el marco de las finalidades de las cookies sobre las que se ha ofrecido información.

Caben, entre otros, los siguientes mecanismos de obtención del consentimiento:

- A través de la aceptación de los "Términos y condiciones de uso de la página web" o de su "Política de privacidad" al solicitar el alta en un servicio.

Otra posible forma de prestación del consentimiento para la instalación de las *cookies* es a través de la aceptación de los términos o condiciones de uso y/o de la política de privacidad de la página web en el momento en que un usuario solicita el alta en un servicio.

- Durante el proceso de configuración del funcionamiento de la página web o aplicación (*Settings-led consent*)

Muchas páginas web y aplicaciones móviles permiten al usuario configurar el servicio, pudiendo éste configurar características como el idioma, el tipo de letra, el color de fondo de pantalla, etc. Por las características concretas de las aplicaciones, éstas además suelen preguntar al usuario si pueden acceder a información de su terminal (como agenda, para sugerir amigos, o álbum de fotos).

Por ello otra forma alternativa de prestación del consentimiento para la instalación de las *cookies* puede configurarse durante el proceso de elección o especificación por parte del usuario de las características, quedando el consentimiento integrado en la elección del usuario y recordando los ajustes elegidos éste.

- En del momento en que se solicite una nueva función ofrecida en la página web o aplicación. (Feature-led consent)

Determinadas funciones opcionales de una página web o aplicación pueden requerir del uso de cookies, por ejemplo, cuando un servicio de correo recuerde la cuenta del último usuario que accedió a éste.

En tales casos, podrá proporcionarse información sobre las cookies utilizadas en el momento en el que el usuario deba de mostrar su deseo de utilizar dicha función. En el ejemplo anterior se podría proporcionar información junto a la casilla de verificación que el usuario debe de marcar para obtener la función (que el servicio de correo recuerde su cuenta).

- Antes del momento en que se vaya a descargar un servicio o aplicación ofrecido en la página web.

Otra de las posibilidades de obtención del consentimiento es antes del momento en que se vaya a descargar un servicio incluido en la página web o en la aplicación (como por ejemplo, un video, una imagen o un juego).

En tales casos, si se informa adecuadamente de que la solicitud de descarga de tal servicio o aplicación conlleva la prestación del consentimiento para la instalación de una determinada *cookie* con concretas finalidades, y éste lleva a cabo una acción para realizar la descarga de tal servicio o aplicación, se puede interpretar el usuario ha prestado su consentimiento para la instalación de la correspondiente *cookie* o *cookies*. Cuando esta cookie se proporciona por un tercero, debe informarse al usuario, facilitándole información acerca de las finalidades de las cookies de ese tercero, para que el usuario pueda tomar una decisión informada.

Ha de recordarse que en el caso de que una página web ofrezca contenidos audiovisuales, éstos son parte del servicio expresamente solicitado por el usuario, estando por tanto exceptuado del deber de requerir tal consentimiento para mostrar tal contenido.

- A través del formato de información por capas

En el formato de información por capas que antes indicábamos, la primera capa, que contiene la información esencial debe incluir también la petición del consentimiento para la instalación de las cookies.

En los casos en que el usuario no manifieste expresamente si acepta o no la instalación de las *cookies*, pero continúe utilizando la página web o la aplicación se podría entender que éste ha dado su consentimiento, siempre que se le haya informado claramente en este sentido y se ofrezca en todo momento a través de las formas señaladas en esta guía un aviso que ofrezca de modo permanente información sobre la utilización de las *cookies* y la posibilidad de desinstalarlas.

A estos efectos, y a modo de ejemplo, se entenderá que se ha prestado el consentimiento al seguir navegando cuando tras informar sobre el uso de cookies:

(i) El usuario ha utilizado la barra de desplazamiento, siempre y cuando la información sobre las cookies sea visible sin hacer uso de ésta;
(ii) El usuario ha clicado sobre cualquier enlace contenido en la página.

La información que se ofrezca en esta primera capa se podrá mostrar a través de un formato que sea visible para el usuario como por ejemplo un layer, una barra o a través de técnicas o dispositivos similares, teniendo en cuenta que la localización en la parte superior de la página captaría mejor la atención de los usuarios.

En los terminales de pantalla reducida se podrá adecuar el tamaño y el contenido de primera capa a las dimensiones de la misma.

- A través de la configuración del navegador

Tanto la Directiva sobre privacidad como la LSSI sugieren que la configuración del navegador podría ser una de las formas de obtener el consentimiento si se utiliza de forma que permita que los usuarios manifiesten su conformidad con la instalación de las *cookies* según lo dispuesto en la normativa vigente y teniendo en cuenta lo dictaminado por el Grupo de Trabajo del artículo 29[14].

iv. Cuándo pueden instalarse las *cookies*

Respecto al momento en el que hay que obtener el consentimiento para la instalación de la *cookie* debe recordarse que el artículo 22 de la LSSI señala que:

Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En consecuencia, la instalación de la cookie podrá tener lugar cuando el usuario disponga de la información preceptiva sobre las cookies y la forma de obtención del consentimiento y el mismo se preste de acuerdo con los procedimientos indicados. En este sentido, la instalación de las cookies debería ir acompañada por un consentimiento informado de los usuarios para tal instalación, de forma que los destinatarios tengan la oportunidad de examinar la información y decidir si permiten o no la implantación de estos dispositivos.

[14] http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_es.pdf

v. Obtención del consentimiento para el uso de *cookies cuando un editor presta servicios a través de diferentes* páginas

Un mismo editor que presta diferentes servicios a través de diferentes dominios podrá a través de una sola página web informar y obtener el consentimiento para la instalación de las cookies que se envíen desde el resto de dominios, que sean de su titularidad y ofrezcan contenidos o tengan características similares, con motivo de la prestación de los servicios solicitados por el usuario, siempre que se informe además de lo señalado anteriormente en el apartado sobre la información, sobre cuáles son las páginas web o dominios de su titularidad desde los que se van a instalar las cookies, el tipo de cookies y las finalidades para la que se tratan y se recaba el consentimiento del usuario.

En el caso de que las páginas a través de las que presta servicios un editor ofrezcan contenidos o tengan características que no sean no similares (por ejemplo: algunas de las páginas contengan contenidos para adultos), será necesario adoptar cautelas adicionales.

vi. Cambios en el uso de las cookies

Como regla general, siempre que un consentimiento haya sido obtenido de forma válida no es necesario obtenerlo cada vez que un usuario visite de nuevo la misma página web desde la que se presta el servicio.

En todo caso, es evidente que si las características o los fines de uso de las *cookies* cambian después de haber obtenido el consentimiento, será necesario informar a los usuarios acerca de esos cambios y permitirles tomar una nueva decisión acerca de tales actividades.

vii. Retirada del consentimiento para el uso de cookies

Los usuarios deberán poder retirar el consentimiento previamente otorgado en cualquier momento. A tal fin, el editor deberá asegurarse de que facilita información a los usuarios en su política de privacidad sobre cómo puede retirarse el consentimiento y eliminarse las *cookies*.

En todo caso, podrá informarse al usuario sobre las consecuencias derivadas de la retirada de dicho consentimiento, como por ejemplo, del impacto que puede tener en las funcionalidades de la página web.

viii. Posibilidad de denegación de acceso al servicio en caso de rechazo a las *cookies*.

Podrán existir supuestos en los que la no aceptación de la instalación de *cookies* impida la utilización total o parcial del servicio, siempre que se informe adecuadamente al respecto al usuario.

No obstante, no podrá denegarse el acceso al servicio en caso de rechazo a las cookies, en aquellos supuestos en que tal denegación impida el ejercicio de un derecho legalmente reconocido al usuario, por ser el acceso a dicha página web sea el único medio facilitado al usuario para ejercitar tal derecho. (Ejemplo, la baja en un servicio telefónico, de acceso a Internet o de otro tipo).

4. Responsabilidad de las partes en la utilización de *cookies*

La LSSI no define quién es el responsable de cumplir con la obligación de facilitar información sobre las cookies y obtener el consentimiento para su uso.

Se hace necesario que los sujetos que participan en la instalación y utilización de las cookies colaboren para asegurar el cumplimiento de las exigencias legales establecidas.

Básicamente en la gestión de las *cookies* y en el tratamiento de los datos obtenidos se distinguen las dos situaciones que se describen a continuación en función de la finalidad para la que se tratan los datos que se obtienen a través de la utilización de las cookies.

a) El editor o los terceros utilizan las *cookies* para finalidades exceptuadas de las obligaciones de informar y de obtener el consentimiento.

En aquellos casos en que un editor ofrece a los usuarios un servicio y todas las *cookies* de su página web se utilizan exclusivamente para las finalidades que no es necesario obtener el consentimiento enumeradas más arriba, tanto si son propias como de terceros, no será necesario que informe de su utilización ni que obtenga el consentimiento.

No obstante, en el caso que emplee cookies de terceros para la prestación del servicio solicitado por el usuario deberá asegurarse contractualmente que esas otras entidades o terceros no tratan los datos con ninguna otra finalidad que no sea la prestar el servicio al usuario, puesto que en caso contrario, sería necesario informar de esas otras finalidades y obtener el consentimiento.

b) El editor o los terceros utilizan las *cookies* para finalidades no exceptuadas de las obligaciones de informar y obtener el consentimiento.

En este supuesto se pueden diferenciar si usan cookies de primera o tercera parte.

En los casos en que el editor a través de la utilización de cookies propias trata los datos para alguna de finalidades que no están exceptuadas de la obligación de informar y obtener el consentimiento, será necesario que informe sobre las finalidades para las se trataran los datos y obtenga el consentimiento del usuario, a través de alguna de las formas establecidas en la presente guía.

Asimismo cuando se empleen cookies de terceros para alguna o algunas de las finalidades no exentas, tanto el editor como las otras entidades intervinientes en la gestión de las cookies tendrán la responsabilidad de garantizar que los usuarios están claramente informados acerca de las *cookies* y de las finalidades para las se trataran y de obtener el preceptivo consentimiento.

Generalmente las cookies de terceros se descargan en el equipo terminal del usuario porque el editor, al hora de diseñar la página web, plataforma o aplicación previó la posibilidad de incluir contenidos de terceros que las utilizan o porque emplea software de terceros que las requieren. Por ello, los editores podrían tener cierta capacidad de limitar el uso de cookies de tercera parte.

En todo caso, debe tenerse presente que en la práctica es más difícil para las entidades que instalan *cookies* de terceros, que no tienen relación directa con el usuario, lograr esto, y que los usuarios tenderán a hacer llegar sus inquietudes a la entidad a la que pueden identificar y con la que tienen relación, es decir, el editor.

De esta forma, en tales supuestos y con la finalidad de facilitar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en este ámbito, cuando se instalen *cookies* de terceros se deberían incluir en los contratos que se celebren entre los editores y los terceros, una o varias cláusulas en las que se asegure que se ofrecerá a los usuarios la información requerida y que se articulará la forma a través de cual se pueda obtener un consentimiento válido para la utilización de las cookies, así como sobre de las consecuencias de la revocación del consentimiento para el editor y, especialmente, para los terceros que lo obtuvieron a través del editor.