

Manual Legal de Marketing

REGULACIÓN DE LAS ACCIONES DE MARKETING

2012

RIESTRA ABOGADOS

Marketing Legal

Calle Génova, nº 7 – 3º izq.
28004 Madrid

www.riestra-abogados.com

Con la colaboración de



Contenido

Introducción Asociación de Marketing de España.....	5
¿Qué es el Marketing Legal?	6
Regulación de las acciones de marketing.....	7
1. Regulación de bases de datos.....	7
1.1 Notificación de ficheros a la Agencia de Protección de Datos.	8
1.2 Documento de seguridad.....	8
Cuestiones fundamentales.....	11
2. Captación de registros.....	12
3. E-mail marketing.....	14
4. E-mail marketing y protección de datos personales	15
5. Envíos de SMS.....	19
6. Marketing viral.....	21
7. Regulación de las “cookies”.....	23
8. Sorteos y concursos.....	26
Ley de Regulación del Juego.....	27
Nuevo procedimiento de comunicación de combinaciones aleatorias	28
Nuevo régimen fiscal aplicable	29
¿Cuándo es necesario comunicar a la Agencia Tributaria una promoción?.....	31
Ámbito del sorteo.....	33
Pago de las tasas fiscales.....	33
¿Qué información deben recoger las bases de un sorteo?	34
Indeterminación de los premios.....	34
Promociones en redes sociales.....	35
Regalos directos limitados: “hasta fin de existencias”	37
Protocolización ante Notario.....	37
Datos personales.....	38
Aspectos legales de las creatividades.....	38

9. Textos legales en publicidad. Nociones de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley General de Publicidad y otros.....	40
<i>Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.....</i>	<i>40</i>
<i>Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad</i>	<i>40</i>
<i>Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.....</i>	<i>40</i>
<i>La creatividad y el texto legal deben referirse al “Precio Completo”</i>	<i>42</i>
<i>Es necesario que el texto legal incluya el número de existencias</i>	<i>43</i>
<i>Los productos exhibidos en las creatividades deben ser los efectivamente ofertados</i>	<i>43</i>
<i>Indicación de precios con limitaciones mínimas o máximas (“desde” – “hasta”).....</i>	<i>43</i>
<i>Normativa sectorial y códigos de autorregulación publicitaria</i>	<i>44</i>
10. Principales normas relativas a los derechos de los consumidores	46
11. Publicidad comparativa. Nociones legales.	50
<i>Requisitos legales.....</i>	<i>51</i>
12. Propiedad intelectual. Nociones generales y relación con el Marketing.....	54
<i>Derechos de propiedad intelectual.....</i>	<i>54</i>
<i>Tipos de Cesión.....</i>	<i>55</i>
<i>Derechos de propiedad intelectual en la relación Agencia-Cliente</i>	<i>55</i>
<i>Derechos de propiedad intelectual de terceros.....</i>	<i>56</i>
<i>Contenidos bajo dominio público.....</i>	<i>58</i>
<i>La propiedad intelectual y los Códigos Fuente.....</i>	<i>58</i>
13. Propiedad industrial: las marcas y su relación con el marketing.....	59
<i>Requisitos básicos para el registro de una marca.....</i>	<i>59</i>
<i>Marca y nombre de dominio.....</i>	<i>60</i>
<i>Las marcas y “parasitismo”</i>	<i>61</i>
<i>¿Qué significa el parasitismo?</i>	<i>61</i>
<i>¿Siempre que un tercero utiliza una marca, existe un aprovechamiento de la reputación y esfuerzo ajeno?.....</i>	<i>61</i>
14. Los Derechos de Imagen	62
<i>La imagen como dato personal.....</i>	<i>63</i>
<i>Captación de imágenes en lugares públicos</i>	<i>63</i>
<i>Imágenes de menores de edad</i>	<i>64</i>

<i>La protección de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y la utilización de la imagen para fines publicitarios</i>	64
<i>Utilización de la imagen de un actor o personaje de película</i>	67
<i>Banco de imágenes</i>	67
<i>Imágenes registradas bajo “Creative Commons”</i>	68
<i>Imágenes de menores de edad</i>	68
<i>Derechos de propiedad intelectual</i>	68
15. Acciones de marketing en la Web 2.0.	68
<i>Creación de espacios 2.0</i>	69
<i>Condiciones Básicas</i>	69
<i>Aplicación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) a los proveedores.</i>	69
<i>Aplicación de la legislación comunitaria y nacional a proveedores que se encuentren fuera del entorno europeo.</i>	70
<i>Recomendaciones al crear un web site</i>	71
<i>Publicidad en entornos 2.0</i>	74
<i>Otras consideraciones legales</i>	75
<i>La inclusión de marcas de terceros</i>	75
<i>Publicidad editorial. “Contextual Commerce”</i>	75
<i>Publicidad en foros y blogs. “Foro marketing”: Pagar a terceros por prescribir productos y servicios</i>	76

Introducción Asociación de Marketing de España.

Madrid, 1 de junio de 2012

Por segundo año consecutivo, la Asociación de Marketing de España, en su línea de desarrollar herramientas de valor añadido para los profesionales y las empresas, se complace en presentar el Manual de Marketing Legal, “Regulación de las Acciones de Marketing”, elaborado por Riestra Abogados.

La presente edición tiene como objeto fundamental la actualización del manual presentado el año 2011, centrandó dichas actualizaciones en el desarrollo más detallado de importantes temas para las agencias de publicidad, empresas de servicios de marketing y departamentos de marketing de las marcas e instituciones, tales como la nueva regulación en materia de combinaciones aleatorias; ciertos aspectos de comercio electrónico; derechos de imagen en el ámbito publicitario; entre otros. No obstante, el manual conserva su propósito esencial: servir de guía práctica a todos los profesionales que necesariamente deben aunar sus conocimientos con un gran compendio de normas legales que pueden incidir directa o indirectamente en su labor diaria.

Esperamos que los contenidos y las actualizaciones sean útiles para el desarrollo de las campañas y acciones que sean encomendadas, y en definitiva, que las creaciones y estrategias planteadas por los profesionales, empresas e instituciones, sean del todo armoniosas con las exigencias legales.



José Carlos Villalvilla
Presidente
Asociación de Marketing de España

¿Qué es el Marketing Legal?

Se trata de una nueva disciplina que en definitiva trata de dar cobertura a todas las acciones de marketing y publicidad de las empresas. Eso significa, entender el lenguaje de nuestros clientes y darles respuesta a la velocidad esperada.

Son mucha las normas que envuelven esta disciplina, así como las denuncias y sanciones que se imponen a través de distintos organismos por su incumplimiento, pero a nuestro parecer lo más importante en el cumplimiento normativo es la imagen de la marca, su transparencia y credibilidad.

Con esta segunda edición actualizada y siguiendo la misma línea de la primera, intentamos crear una guía de referencia para todos aquellos profesionales del marketing y publicidad que están inmersos en el desarrollo de acciones. Es por ello que hemos optado por un lenguaje menos técnico y más práctico. Nuestro objetivo es que este libro se convierta en un manual de consulta habitual por lo que partimos de un índice estructurado de manera lógica que ayuden al lector a solventar sus dudas.

Regulación de las acciones de marketing.

1. Regulación de bases de datos.

Actualmente, nuestro país dispone de una de las normativas europeas más restrictivas en materia de protección de datos, pretendiendo salvaguardar un derecho tan importante como es la intimidad personal, regulado en el artículo 18 de nuestra Constitución.

En marzo de 2011, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal se ve modificada de forma notoria a través de la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Esta ley implementa una serie de interesantes actualizaciones que conviene tener en cuenta ya que afectan al régimen sancionador de la Agencia Española de Protección de Datos. En este sentido, podríamos resumir las novedades en los siguientes aspectos:

- Se procede a **actualizar la tabla de sanciones**, modificando ligeramente los rangos económicos de los importes económicos aplicables.
- Se amplían los criterios por los cuales, la Agencia Española de Protección de Datos puede aplicar una concreta sanción permitiendo adecuar dicha sanción a la trascendencia de la infracción cometida, teniendo en cuenta las circunstancias que puedan concurrir. Esto se podría traducir en una flexibilización en la aplicación de sanciones, ya que la Agencia podrá modular la sanción aplicando los criterios establecidos en la ley.
- **Se introduce la figura del apercibimiento.** Se trata de una medida excepcional aplicable por el órgano sancionador en la que, ante la concurrencia de determinados requisitos, cabe la posibilidad de no acordar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibiendo al infractor y requiriéndole para que en un determinado plazo, acredite la adopción de medidas correctoras. Los requisitos que la infracción debe cumplir para poder ampararse en esta figura son que los hechos sean constitutivos de infracción leve o grave según lo establecido por la LOPD y que el infractor no haya sido sancionado o apercibido con anterioridad.

Según la Agencia Española de Protección de Datos esta modificación aporta mayor seguridad jurídica, así como una mayor precisión en la aplicación de esta normativa.

De esta forma, a través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD) y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de esta ley (RLOPD), se regula el tratamiento, automatizado o no, de los datos personales. Dicha regulación plantea una serie de obligaciones que deberán ser contempladas en el momento en el que se almacenen o traten datos de carácter personal.

El almacenamiento, y por tanto, tratamiento de bases de datos de carácter personal implica el cumplimiento de varias obligaciones básicas:

1.1 Notificación de ficheros a la Agencia de Protección de Datos.

LOPD. Artículo 26. Notificación e inscripción registral

1. Toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros de datos de carácter personal lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos.

En un primer momento y de forma previa a la creación de un fichero de datos personales, la información relativa a dicho fichero debe ser notificada a la Agencia Española de Protección de Datos. Dicha notificación se realizará a través de los cauces procedimentales establecidos por la misma Agencia, dejando constancia en su Registro de la denominación de la base de datos, finalidades, tipología de los datos y otro tipo de información que en todo momento será pública a través de su página web (www.agpd.es).

1.2 Documento de seguridad.

RLOPD. Artículo 88. El documento de seguridad.

1. El responsable del fichero o tratamiento elaborará un documento de seguridad que recogerá las medidas de índole técnica y organizativa acordes a la normativa de seguridad vigente que será de obligado cumplimiento para el personal con acceso a los sistemas de información.

El Documento de Seguridad establece las medidas de índole técnica y organizativas necesarias para garantizar la seguridad que deben reunir los ficheros de datos personales, los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas, programas y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

El documento de seguridad debe elaborarse internamente y recogerá las medidas técnicas y organizativas para asegurar la debida protección de datos personales dentro de la propia empresa.

El artículo 44.3.h de la Ley Orgánica de Protección de Datos, considera una infracción grave mantener los ficheros que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen.

Se establece para las faltas graves unas sanciones que van desde los 40.001.- € hasta los 300.000 € (...).

Veremos a continuación qué medidas deben adoptarse, y quiénes serán los responsables dentro de la empresa.

¿Tendrán todos los datos personales, dentro de la empresa, la misma protección?

No. Los datos se clasificarán según las medidas de protección que requieren.

RLOPD. Artículo 80. Niveles de seguridad.

Las medidas de seguridad exigibles a los ficheros y tratamientos se clasifican en tres niveles: básico, medio y alto.

¿Qué ficheros son de nivel básico?

Todos los ficheros que contengan datos de carácter personal.

¿Qué ficheros son de nivel medio?

- a) Los relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales.
- b) Aquéllos cuyo funcionamiento se rija por el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. (Tratamiento de datos relativos a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito).
- c) Aquéllos de los que sean responsables Administraciones tributarias y se relacionen con el ejercicio de sus potestades tributarias.
- d) Aquéllos de los que sean responsables las entidades financieras para finalidades relacionadas con la prestación de servicios financieros.
- e) Aquéllos de los que sean responsables las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y se relacionen con el ejercicio de sus competencias. De igual

modo, aquellos de los que sean responsables las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

- f) Aquéllos que contengan un conjunto de datos de carácter personal que ofrezcan una definición de las características o de la personalidad de los ciudadanos y que permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los mismos.**

En este último apartado nos encontramos de nuevo con las acciones de CRM, Data Mining, cruce de bases de datos, o cualquier tipo de acción que nos permite crear un perfil de un cliente.

Todos los ficheros enunciados anteriormente deberán reunir, además de las medidas de nivel básico, las calificadas como de nivel medio, tratándose entonces, de niveles de seguridad acumulativos.

¿Qué ficheros son de nivel alto?

- a) Los que se refieran a datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual.
- b) Los que contengan o se refieran a datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas.
- c) Aquéllos que contengan datos derivados de actos de violencia de género.

Estos ficheros deberán reunir, además de las medidas de nivel básico y medio, las calificadas como de nivel alto.

RLOPD. 81.7 Las medidas incluidas en cada uno de los niveles descritos anteriormente tienen la condición de mínimos exigibles, sin perjuicio de las disposiciones legales o reglamentarias específicas vigentes que pudieran resultar de aplicación en cada caso o las que por propia iniciativa adoptase el responsable del fichero.

Es muy importante mantener el *documento actualizado* en todo momento y ser revisado siempre que se produzcan cambios relevantes en el sistema de información o en la organización del mismo. Este documento no debe ser presentado en la Agencia Española de Protección de Datos, pero deberá estar disponible para su exhibición en caso de una posible inspección por parte de la Agencia.

Cuestiones fundamentales.

- ¿Utiliza fuentes accesibles al público para crear sus bases de datos?
- ¿Tiene establecido un procedimiento debidamente regulado de captación de datos a través de un Call Center?
- ¿Ha notificado todas sus bases de datos a la Agencia de Protección de Datos?
- ¿Dispone de un Documento de Seguridad?
- ¿Realiza de forma legal cesiones de sus bases de datos a otras empresas o empresas del grupo?
- ¿Realiza transferencias internacionales?
- ¿Aplica de forma correcta estrategias de CRM?

Se ha de tener en cuenta que el incumplimiento de las obligaciones legales establecidas tendrá consecuencias económicas materializadas en posibles sanciones por parte de la Agencia Española de Protección de Datos.

La no notificación de los ficheros podrá ser considerada como una infracción leve, sin perjuicio de que por determinadas circunstancias sea considerada como grave o muy grave, y podrá conllevar sanciones de hasta 40.000 euros.

La falta de medidas de seguridad es considerada por la ley como una infracción grave con multas que van desde los 40.000 euros hasta los 300.000 euros.

2. Captación de registros.

Nos encontramos ante uno de los elementos fundamentales en Marketing Legal. Es necesario regular correctamente todos y cada uno de los soportes a través de los cuáles, se recabarán datos personales.

Es necesario plantearse previamente las siguientes cuestiones:

- *¿Cuál es la finalidad de la captación de datos?*
- *¿Qué va a hacer la empresa con ellos?*
- *¿y en el futuro?*
- *¿Conoce el consumidor/potencial/interesado todos los aspectos referidos anteriormente?*

Será determinante, y lógico, que la empresa que solicita datos se ponga en el punto de vista de quien aporta sus datos, lo que dará una perspectiva más objetiva.

Es imprescindible, por lo tanto, que **todos** los soportes están debidamente regulados, y eso incluye principalmente:

- 1- Formularios.
- 2- Contratos (compraventa...).
- 3- Web site.
- 4- Cupones.
- 5- Call Center.

Una vez identificados los soportes, es fundamental conocer la finalidad del uso de los datos porque *“no se podrán utilizar datos para otros fines distintos de aquellos conocidos y consentidos inicialmente por el cliente o prospecto”*.

LOPD. Artículo 5. Derecho de información en la recogida de datos.

1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos y en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

Recomendaciones básicas:

Deberán recogerse de forma general en los textos legales de captación de datos personales:

- 1- La utilización de datos para acciones comerciales, incluyendo soportes como e-mail y SMS.**
- 2- El cruce de datos para personalizar productos y servicios. (Las acciones de CRM).**
- 3- Si se realizan cesiones a otras compañías (matrices del grupo, *partners*, etc.) especificar qué compañías y con qué fines.**

3. E-mail marketing.

Las acciones a través de correo electrónico están reguladas a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI).

La Ley hace referencia tanto al correo electrónico como a cualquier otro medio de comunicación equivalente, por lo que incluye también las acciones a través de mensajes cortos (SMS), o multimedia (MMS).

LSSI. 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.

En toda acción de e-mail marketing, **es necesario contar con el consentimiento expreso por parte del usuario**. Al tratarse de un consentimiento expreso, es el propio usuario quien debe solicitar dicho envío.

Como excepción, la ley exime del cumplimiento de esta obligación *en aquellos casos en los que exista una relación contractual previa*, siempre que los datos se hayan obtenido conforme a la LOPD y el contenido promocional haga referencia a productos y servicios relacionados a los que inicialmente fueron objeto de contratación por el cliente.

Por tanto, para los clientes, únicamente necesitaríamos contar con un consentimiento tácito, salvo oposición del propio usuario.

Por ello el usuario deberá disponer de la posibilidad de oponerse a cualquiera de estas finalidades comerciales, habilitando un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de facilitar los datos, como en cada una de las comunicaciones, para posibilitar la baja.

LSSI. 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".

El contenido de los envíos es también objeto de regulación por la LSSI, al determinar que el carácter comercial de la comunicación debe ser claramente identificable, así como la identidad del anunciante.

De igual manera, se hace mención expresa a la obligación de incluir el término “*publicidad*”, o bien la utilización de su abreviatura “*publi*”.

Es importante además tener presente las modificaciones introducidas 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 del que hablaremos más adelante en relación al tratamiento y regulación de las “*cookies*”. Dicha ley modifica la LSSI de la siguiente manera:

- **Se prohíbe el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente.**

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico:

- Dicho medio deberá consistir necesariamente en **la inclusión de una dirección electrónica válida** donde se pueda manifestar la oposición a seguir recibiendo comunicaciones comerciales.

En cuanto a la revocación del consentimiento:

Deben habilitar **procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado**. Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

4. E-mail marketing y protección de datos personales

En la realización de campañas y acciones de marketing, uno de los recursos más utilizados es el envío de comunicaciones comerciales al correo electrónico de los usuarios.

¿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 aquellos 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).

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 e-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 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. No obstante lo anterior, y en caso de existir dudas en cuanto a si una base de datos está compuesta exclusivamente por datos profesionales, o que además pueden existir datos personales propiamente tal, la recomendación será que dicha base de datos sea tratada conforme a las medidas de seguridad que indica la ley, y en definitiva aplicar la LOPD.

Es así como la resolución 1363/2009 de la Agencia de Protección de Datos, establece que "*...Ello exigirá siempre ir analizando caso por caso para hallar en cada supuesto concreto el límite fronterizo donde resulte afectado el derecho fundamental a la protección de los interesados personas físicas o por el contrario aquél no resulte amenazado por incidir tan sólo en la esfera de la actividad comercial o empresarial teniendo en todo caso presente que en*

caso de duda, la solución deberá siempre adoptarse a favor de la protección de los derechos individuales”.

No obstante lo anterior, debe prestarse atención a un punto que relacionado con este tema puede llamar a confusión: el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos. La regulación del envío de este tipo de comunicaciones se encuentra en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dicha ley en su artículo 21 señala que 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. La normativa vigente por lo tanto establece la obligación de recabar el consentimiento expreso para esta clase de envíos, salvo si existe una relación contractual previa. Como se puede observar, esta norma no distingue entre personas físicas, personas jurídicas, profesionales o comerciantes, lo que significa que aún si se trata de datos de personas jurídicas o datos de carácter profesional, no está permitido el envío de comunicaciones electrónicas si no se han requerido o autorizado expresamente.

Si se trata de un correo electrónico objeto de protección por parte de la LOPD ¿Cómo afecta al tratamiento de estos datos el deber de secreto?

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 del mismo”. Este deber exige que los datos tratados 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.

El deber de Secreto y el correo electrónico

Tal como señalamos, el correo electrónico es un dato personal, y por lo tanto respecto de su tratamiento se aplican íntegramente el deber de secreto y el principio de seguridad de los datos. 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 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...”

5. Envíos de SMS.

Cada vez son más las acciones que se desarrollan a través del móvil, y los clientes demandan a sus agencias más iniciativas en este sentido. Nos encontramos igualmente ante comunicaciones electrónicas, reguladas por la LSSI, por lo que deberemos tener en cuenta la regulación legal del e-mail marketing, recordando en este sentido, que es la Agencia Española de Protección de Datos quien actualmente aplica las sanciones en esta materia.

Pensemos que los dispositivos móviles son más intrusivos que los correos electrónicos, y más susceptible por lo tanto de ser denunciados, por lo que este tipo de acciones deben regularse minuciosamente.

Recomendaciones:

- 1- Detallar de forma precisa el objeto de la finalidad comercial, cuando se captan los datos por primera vez (*“para enviarle información de nuestros productos o servicios... a través de comunicaciones electrónicas entre las que se incluye SMS...”*).**
- 2- Habilitar un procedimiento sencillo y gratuito, en cada una de las comunicaciones, para posibilitar la baja. Por ejemplo, a través de un teléfono gratuito.**
- 3- Informar acerca de la ejecución de la baja.**
- 4- Por supuesto, cumplir con los requisitos de información del art. 5 de la LOPD cuando se captan esos datos.**

En cuanto al consentimiento expreso, habremos de aplicar igualmente la regulación establecida para el envío de correos electrónicos.

La Secretaría de Estado de telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información establece:

“En el caso de recibir llamadas o mensajes automáticos, es decir, en los que no existe la intervención física de una persona, se requiere consentimiento previo por parte del abonado para que se realicen (fax, SMS)”.

“Las llamadas en las que interviene una persona son legales a menos que el abonado haya manifestado su deseo expreso de no recibirlas. Así mismo, aunque el abonado haya decidido

no figurar en la guía telefónica, sí puede dar su consentimiento para recibir este tipo de llamadas.”

Especial mención merecen los mensajes cortos de texto y los mensajes multimedia de tarificación adicional, por los que los usuarios deben abonar una retribución al operador a cambio de la prestación de un servicio, la obtención de información o bien la participación en promociones publicitarias.

La regulación de dichos mensajes de tarificación adicional viene dada a través de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero y cuyos efectos hemos podido observar desde diciembre de 2009. Esta Orden se complementa con el Código de Conducta aprobado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones a través de la resolución de 8 de julio de 2009.

Con esta normativa aparece una nueva numeración para este tipo de mensajes y se pretende regular el funcionamiento y aplicación de las diferentes vías de comunicación realizadas a través de SMS y MMS de tarificación adicional.

Tal y como venimos afirmando, en relación a las comunicaciones comerciales por medios electrónicos, es muy importante contar con el consentimiento expreso por parte del consumidor, sin el cual, ninguna retribución por la prestación de servicios puede ser exigida:

“4.1.2. La retribución por la prestación de servicios de tarificación adicional únicamente deberá producirse por servicios expresamente solicitados por el usuario y efectivamente prestados.”

Otro aspecto importante a tener en cuenta es la obligación por parte de los operadores a facilitar al consumidor toda la información técnicamente posible y en la que deberán figurar obligatoriamente los datos relativos a titular (nombre completo), número de teléfono del servicio de atención al cliente, y una dirección electrónica. Asimismo, en aquellos soportes en los que el operador pretenda comunicar servicios relacionados con mensajería sobretarificada, la información ofrecida al consumidor debe aparecer de forma clara y precisa, no dificultando su apreciación o interpretación al público en general.

Afecta también, como veremos más adelante, a la elaboración de campañas que incluyan un sorteo, ya que no se trataría de una combinación aleatoria, sino de una Rifa por lo que la regulación ante la entidad administrativa competente sería diferente.

6. 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*”).

Por regla general, el objetivo fundamental de este tipo de campañas es la captación de datos personales. En el entendido de que la dirección electrónica es un dato personal, la mayoría de las ocasiones dicho dato recabado de esta forma se estaría captando contradiciendo los términos de la legislación vigente en materia de protección de datos. Recordando lo señalado en el apartado dedicado a la captación de registros:

Se estaría infringiendo el artículo 5 de la LOPD “Derecho de información en la recogida de datos”, ya que el responsable al captar datos personales debe informar de modo expreso, preciso e inequívoco:

1. **De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.**
2. **Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.**
3. **De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.**
4. **De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.**
5. **De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.**

Además de lo anterior, se estaría infringiendo el artículo 6 de la misma norma, ya que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

Por otra parte, y aún si el correo electrónico no se constituye como un dato personal (de acuerdo al artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, la normativa no es 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), o el objeto de la

campaña no es la obtención de datos personales, la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, establece la prohibición de realizar comunicaciones comerciales a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes, si previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por el destinatario (artículo 20).

Cabe recordar que el concepto de comunicaciones electrónicas puede ser bastante amplio, englobando incluso contenidos cuyo reclamo principal no tenga por objeto necesariamente captar la atención del usuario hacia un producto u oferta determinados. Es decir, comunicación comercial es la promoción directa o *“indirecta”* de una marca.

Aplicando los principios señalados, la Agencia Española de Protección de Datos dictó la 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:*

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:

“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”.

7. Regulación de las “cookies”.

Con la entrada en vigor en abril de 2012 del 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, se cumple finalmente con la obligación por parte de España de transponer una serie de directivas y cuyo retraso podría implicar la imposición de una sanción.

Uno de los aspectos más relevantes que aporta esta ley en el sector publicitario es la regulación de las denominadas *cookies*. A través de este Real Decreto-Ley se modifica la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico modificando y añadiendo nuevos contenidos orientados a aclarar la utilización de estos elementos tan comunes en la navegación a través de Internet.

Respecto a la instalación de cookies, la ley establece lo siguiente:

- **Podrán 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.

La necesidad de informar no afecta en todo caso a las denominadas *cookies* necesarias, que son aquellas imprescindibles para la navegación o para la prestación de un servicio.

Con lo que respecta al envío de comunicaciones comerciales no ha implicado grandes cambios, siempre y cuando sigamos manteniendo la siguiente actitud:

- Se identifica el anunciante en el envío. El usuario sabe de quién es el envío.
- En cada envío de correo electrónico comercial se ofrece la posibilidad de darse de baja.
- Se disponen de procedimientos sencillos y gratuitos para revocar el consentimiento. Por ejemplo, informo en el web site cómo proceder para no recibir más comunicaciones comerciales electrónicas, así como del ejercicio de los derechos ARCO.

Sin embargo, la cuestión se complica en lo que respecta a la trasposición de la directiva comunitaria 136/2009 en referencia a la instalación de cookies y cómo esto puede afectar al mercado publicitario online.

Hagamos un breve repaso:

La transposición de los preceptos de la Directiva 2009/136/CE debería haberse producido antes del 25 de mayo de 2011, sin embargo la controversia ha sido tensa desde entonces tratando de ponderar los intereses del mercado publicitario online y el de las autoridades de protección de datos.

Recordemos que el uso de *cookies* es la base del mercado publicitario online:

La inversión en publicidad en soportes digitales fue alrededor de 900 millones de euros, y supuso en 2011 el 16,3% del total de la inversión publicitaria en España. En un entorno de caída media del mercado publicitario, la publicidad en soportes digitales representó un crecimiento del 12,6% con respecto a 2010 (789,54 millones).

(Fuente Iab Spain/Pricewaterhouse Coopers)

La utilización por lo tanto de las *cookies*, que se instalan en nuestros ordenadores para obtener información de nuestro comportamiento online, es lo que suscitó suspicacias en las autoridades de protección de datos, tanto comunitarias como nacionales.

En virtud de los términos de la ley, **hasta ahora se contemplaba la obligación de informar a los usuarios de la existencia de *cookies*, con el objeto de que éstos adopten la decisión de desactivarlas o no** (*Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, artículo 22*). Generalmente, esta obligación se ha cumplido insertando en los avisos legales o en los términos y condiciones, una cláusula que deja constancia de la existencia de estos dispositivos y de la posibilidad de su desactivación.

¿Cuál es la postura de la Agencia Española de Protección de Datos?

Ya se ha manifestado a través de las Autoridades Europeas de Protección de Datos (Grupo de Trabajo del Art.29) que el sistema empleado actualmente por los proveedores de publicidad online, basado únicamente en ofrecer de información al usuario (sistema Opt-out), para la instalación de *cookies*, no es suficiente. El sistema deseado por la Agencia Española de Protección de Datos sería un sistema bajo consentimiento expreso (Opt-in) en el que no se pueda instalar ninguna *cookie* si el usuario no acepta expresamente.

Sin embargo, recordemos que el Real Decreto establece:

“Respecto a la instalación de *cookies* podrán 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”.

Luego, no es consentimiento expreso, sino informado, y hay que facilitar información clara y completa previa al consentimiento.

¿Qué significa?

A nuestro criterio, aquí es donde la Agencia Española de Protección de Datos quiere ganar el terreno perdido donde se eludió la obligación del consentimiento expreso cuando se traspuso la directiva.

No va a ser nada fácil y veremos cómo se va a interpretar esta norma. ¿Bastará incluir una alusión en el web site en un lugar inmediatamente visible sobre la política de instalación de *cookies* y su desactivación?, ¿cuánta información será obligatoria mostrar inicialmente?

Recordemos el art. 12.3 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.

“Corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.”

De momento tendremos que ver el criterio que va a seguir el mercado en general, a través de sus asociaciones y estar pendientes de las manifestaciones de la Agencia Española de Protección de Datos. Pero lo que sí está claro es que el **usuario debe ser informado de una forma más clara y evidente de como se venía haciendo hasta el momento.**

8. Sorteos y concursos.

Los sorteos y concursos son recursos comúnmente empleados por los departamentos de marketing y las agencias para la captación de bases de datos, la fidelización de clientes, el lanzamiento de un nuevo producto y en definitiva, para el desarrollo de determinadas acciones de marketing que incluyan algún tipo de incentivo. Actualmente en nuestro país, hay un amplio elenco de textos legales encargados de regular con más o menos fortuna, todos los aspectos relativos al desarrollo de actividades de juegos, apuestas, casinos, concursos y sorteos, siendo estos últimos los poseedores de una legislación dispersa y poco clara.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ley que modifica el estatuto de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado (L.A.E.), las combinaciones aleatorias estaban sujetas al régimen de autorización administrativa previa. Dicha autorización era otorgada por LAE, y, al carecer de normativa específica en cuanto a la regulación de las combinaciones aleatorias, el criterio de LAE era fundamental para obtener tal autorización.

Posteriormente, con la entrada en vigor de esta ley, el Estatuto de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado, aprobado por el Real Decreto 2069/1999, de 30 de diciembre, se veía afectado modificando el procedimiento de regulación de las combinaciones aleatorias. A partir de ese momento, no se exige autorización administrativa previa para la celebración de combinaciones aleatorias, si no que únicamente era preciso comunicar a LAE la intención de celebrar una determinada acción, así como el valor de los premios.

Con la entrada en vigor el año pasado de la Ley de Regulación del Juego, el procedimiento legal para la regulación de la celebración de combinaciones aleatorias, así como su concreto régimen tributario sufren una nueva y drástica modificación.

Esta modificación, no afecta en modo alguno a aquellas promociones cuya participación no sea gratuita, por lo que aquellas acciones en las que la participación se realice a través de un medio no gratuito (venta de boletos de participación, sorteos con SMS de tarificación adicional, etc.), se seguirá exigiendo la correspondiente autorización administrativa, respetando los requisitos tales como facturas proforma, identificación del promotor, publicidad de la campaña, cupones de participación, etc. Según el criterio de LAE, aquellos mensajes de texto cuyo valor excedan los 0,35 euros serán considerados como sobretarificados y por tanto, deberán ser considerados como rifas.

En este último caso, el criterio de LAE es fundamental para que por ejemplo, un sorteo con SMS de tarificación adicional sea autorizado.

En este sentido, también es reseñable la entrada en vigor de la Orden EHA/3084/2011, de 8 de noviembre, por la que se aprueba la reglamentación básica de los concursos. Esta nueva normativa establece la reglamentación básica de aquellos concursos cuya participación esté condicionada al pago de una determinada cantidad (nunca superior a 6 euros, según establece la propia Orden). Según esta regulación, se entiende por concursos aquella modalidad de juego en la que su oferta, desarrollo y resolución se desarrolla por un medio de comunicación ya sea de televisión, radio, Internet u otro, siempre que la actividad de juego esté conexas o subordinada a la actividad principal. Es por ello, que en principio, podemos diferenciarlo de las Rifas de carácter publicitario, en base al nexo de unión que debe existir entre la actividad de juego y la actividad principal de la empresa organizadora.

Ley de Regulación del Juego.

El mayo del 2011 entró en vigor la Ley 13/2011 de Regulación del Juego.

Esta ley pretende clarificar y dar cobertura legal a los diferentes campos relacionados con el juego y que anteriormente carecían de una regulación específica que permitiera un correcto desarrollo legal de los mismos.

Asimismo, la entrada en vigor de esta norma supone una importante modificación en la estructura corporativa de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado y por tanto, en las competencias que le fueran atribuidas por el Real Decreto 2069/1999, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado.

La ley de Regulación del Juego deroga expresamente cierta normativa que afecta directamente al desarrollo de acciones publicitarias en las que intervenga la celebración de sorteos o combinaciones aleatorias:

“Disposición derogatoria.

1. Quedan derogadas todas aquellas normas que se opongan a lo preceptuado en esta Ley y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan lo establecido en la misma.

2. Se derogan expresamente:

1. ...

2. ...

...

13. El Real Decreto 2069/1999, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado.

...”

La derogación de este estatuto supone la supresión de la obligación por parte de los anunciantes de la comunicación de las combinaciones aleatorias. Hasta la entrada en vigor de la ley, los promotores de sorteos o combinaciones aleatorias debían comunicar a Loterías y Apuestas del Estado cierta información relacionada con la promoción publicitaria. Dicha información era comunicada a la Agencia Tributaria a efectos del pago de la tasa fiscal obligatoria. A partir de la entrada en vigor de la Ley de Regulación del Juego, los departamentos de Loterías y Apuestas del Estado encargados de la gestión de la organización y celebración de sorteos, loterías, rifas y apuestas a nivel nacional pasan a denominarse Dirección General de Ordenación del Juego, dependiendo igualmente del Ministerio de Economía y Hacienda. Esta entidad, por tanto, ya no tiene competencia para gestionar la celebración de combinaciones aleatorias, sin perjuicio de las capacidades correspondientes a la gestión de autorizaciones correspondientes al resto de modalidades de juegos y apuestas, por lo que la tramitación de las combinaciones aleatorias queda supeditada al criterio de la Agencia Tributaria.

Nuevo procedimiento de comunicación de combinaciones aleatorias

La ley 13/2011 define las combinaciones aleatorias de la siguiente manera:

Artículo 3. Definiciones. A efectos de esta Ley, los términos que en ella se emplean tendrán el sentido que se establece en el presente artículo.

i) Combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales. Se entienden por tales aquellos sorteos que, con finalidad exclusivamente publicitaria o de promoción de un producto o servicio, y teniendo como única contraprestación el consumo del producto o servicio, sin sobreprecio ni tarificación adicional alguna, ofrecen premios en metálico, especie o servicios, exigiendo, en su caso, la condición de cliente de la entidad objeto de la publicidad o promoción.

Sin embargo, la misma ley excluye expresamente de su aplicación las combinaciones aleatorias, salvo las estipulaciones recogidas en la ley y que hacen referencia al régimen fiscal.

Por ello, sigue sin haber una normativa clara y definida relacionada con el desarrollo de sorteos y en la que los anunciantes puedan apoyarse a la hora de incluir un sorteo en una determinada acción publicitaria.

Ante esta perspectiva, la Agencia Tributaria asumirá temporalmente aquellas potestades atribuidas entonces a Loterías y Apuestas del Estado hasta el momento en que el Ministerio de Hacienda pueda concretar de forma más detallada procedimientos, plazos y requisitos para la celebración de sorteos o combinaciones aleatorias.

A partir de ahora y de forma temporal, la celebración de sorteos de carácter publicitario estará supeditada a los requisitos de presentación en la delegación de Hacienda correspondiente, ya se trate de grandes contribuyentes o de otro tipo de entidades con personalidad jurídica.

Los requisitos a tener en cuenta son los siguientes:

- **Se deberá poner en conocimiento de la Agencia Tributaria la intención de celebración de una combinación aleatoria.**
- **La comunicación deberá acompañar necesariamente el documento completo de bases legales que regirán los términos y condiciones de la promoción, así como el valor total de los premios a entregar.**
- **Toda la documentación correspondiente deberá presentarse de forma previa al inicio de la concreta actividad.**

Debemos tener en cuenta que ante la ausencia de una norma que regule el desarrollo de combinaciones aleatorias este procedimiento tiene carácter provisional y por tanto, debemos estar alerta a posibles modificaciones de las entidades públicas implicadas, como por ejemplo Dirección General de Ordenación del Juego o bien, la Agencia Tributaria.

Nuevo régimen fiscal aplicable

Independientemente del cambio normativo, se mantiene en vigor el régimen fiscal aplicable a las combinaciones aleatorias, aunque modificando lo establecido por el Decreto 3059/1966, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Tasas Fiscales.

Artículo 48. Impuesto sobre actividades de juego.

1. Hecho imponible.

Constituye el hecho imponible la autorización, celebración u organización de los juegos, rifas, concursos, apuestas y actividades de ámbito estatal, reguladas en el apartado 1 del artículo 2, así como las combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, asimismo, de ámbito estatal, pese a la exclusión del concepto de juego, reguladas en la letra c) del apartado 2 del mismo artículo, sin perjuicio de los regímenes forales de Concierto y Convenio Económico vigentes en los Territorios Históricos del País Vasco y de Navarra, respectivamente y de lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno.

La primera modificación visible es la modificación de la obligación tributaria. Ya no estaríamos hablando de una tasa fiscal, sino de un impuesto. El impuesto sobre las actividades de juego.

No se trataría, en principio, de una autoliquidación tal y como se venía haciendo desde el año pasado. En el momento de realizar la comunicación correspondiente a la Agencia Tributaria, ésta prepara la carta de pago (liquidación) que será remitida directamente al domicilio fiscal del responsable de la promoción. Una vez remitida la carta de pago, el anunciante deberá abonar el importe correspondiente según las instrucciones y en los plazos indicados en dicha comunicación.

El modelo 685 publicado en el BOE el día 25 de febrero de 2010, dejaría de ser aplicable, salvo para determinadas comunidades autónomas.

No ha variado el tipo de gravamen, permaneciendo ese 10% del valor total de los premios: *Combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales: 10 por ciento sobre la base imponible determinada para las mismas en el apartado 6 de este artículo. En las combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, la base imponible será el importe total del valor de mercado de los premios ofrecidos o ventajas concedidas a los participantes.*

Ante esta nueva alteración de los procedimientos legales para la celebración de combinaciones aleatorias y a modo de resumen, se deberán tener en cuenta las siguientes cuestiones:

1- Ya no se deben comunicar las combinaciones aleatorias ante Loterías y Apuestas del Estado (LAE), sino que se debe presentar comunicación, valor de los premios y documento completo de bases legales ante la Delegación de Hacienda correspondiente, quienes revisarán las bases y procederán a realizar la liquidación del impuesto.

2- Ya no se debe tramitar la tasa fiscal a través del modelo 685, sino que, una vez que se hayan presentado las bases ante la Agencia Tributaria, el promotor de la combinación aleatoria recibirá en su domicilio fiscal la correspondiente carta de pago.

3- La comunicación de las bases ante la Agencia Tributaria se podrá realizar durante todo el período que dure la combinación aleatoria.

4- Estos procedimientos, así como los plazos correspondientes son provisionales, por lo que cabría esperar una nueva modificación en los mismos.

Recomendaciones

A efectos prácticos podemos hacer las siguientes recomendaciones:

- Al tratarse de un nuevo procedimiento provisional es altamente recomendable contar con toda la documentación de forma previa a la fecha de inicio de la promoción. Por tanto, se debe contar con toda la información necesaria, incluyendo el valor total de los premios, así como el documento definitivo de bases legales con al menos un día de antelación.
- En la medida de lo posible, sería recomendable presentar toda la documentación con la suficiente antelación para disponer de tiempo de reacción y subsanar cualquier error u omisión. Si se comunica la promoción una vez finalizada, es muy probable que la Agencia Tributaria aplique un recargo en el impuesto.
- La empresa promotora o responsable de la combinación aleatoria recibirá comunicación de la Agencia Tributaria unos días después de haber comunicado la promoción. Por tanto, el promotor debe prestar especial atención a esta comunicación.

¿Cuándo es necesario comunicar a la Agencia Tributaria una promoción?

Será necesario comunicar a la Agencia Tributaria el desarrollo de una promoción que incluya un concurso, juego, o promoción, que tenga fines publicitarios, que esté basado en el **azar**, y que conlleve la adquisición de un premio.

El criterio de LAE ya no interviene en este nuevo panorama, aunque conviene tenerlo muy en cuenta a la hora de plantear una determinada acción. Ahora será competencia de la Agencia Tributaria el aplicar sus propios criterios a la hora de verificar una combinación aleatoria.

En cualquier caso, es importante tener en cuenta el criterio del azar frente al de habilidad para determinar la obligación de comunicar la promoción. En aquellas acciones en las que el criterio para la distribución de los premios esté basado estrictamente en el azar, en la suerte, será necesario realizar la comunicación. Hay otros supuestos que eran considerados por LAE como acciones basadas en la suerte y que no en pocas ocasiones inducen a error en un primer momento. Tales acciones son por ejemplo aquellas promociones en las que hay un número

limitado de regalos, de tal manera que únicamente los primeros que participen serán los acreedores de dichos regalos.

Por otro lado, aquellas acciones en las que no interviene el azar como criterio de distribución de premios y únicamente se base en la habilidad de los participantes, no requerirán de la obligación de comunicar a la Agencia Tributaria y por tanto, tampoco el pago del impuesto sobre el juego.

No es de extrañar que, complicando un poco el supuesto, no sepamos muy bien si estamos ante un juego de azar o de habilidad, o ambos a la vez. Sin embargo, debemos aplicar el sentido común y ante cualquier duda consultar directamente a la Agencia Tributaria. Por ejemplo, un concurso de relatos cortos, no necesitaría ser comunicado para poder desarrollarse, ya que la selección de un ganador no se realizaría de forma aleatoria, sino atendiendo a criterios de estilo, originalidad, expresión, etc.

Al no existir una normativa específica que nos indique qué requisitos específicos han de concurrir para diferenciar entre un concurso basado en la habilidad y un sorteo, basado en la aleatoriedad, siempre es conveniente consultar a la Agencia Tributaria y en la medida de lo posible, adoptar el criterio que antes aplicaba Loterías y Apuestas del Estado.

Es curioso pensar que una entidad como es la Agencia Tributaria entre a valorar una combinación aleatoria desde un punto de vista ajeno a su actividad ordinaria.

Otra forma de sorteo o combinación aleatoria son los **momentos ganadores**. Las promociones on-line o a través de teléfonos móviles son las plataformas adecuadas para la realización de este tipo de promociones. La mecánica es muy sencilla: los usuarios que llamen, manden un SMS o envíen un correo electrónico podrán recibir un premio si en el momento de la llamada o del envío del mensaje coincide con un momento ganador. El resultado puede comunicarse de forma casi inmediata al dispositivo desde el que el usuario ha participado.

De forma previa a la comunicación y protocolización de la promoción ante la Agencia Tributaria, se elaborará un listado con todos los momentos del día en los que hay un premio y durante todo el periodo que dure la promoción. Este listado no será necesario presentarlo ante la Agencia Tributaria, pero a la hora de protocolizar las bases ante Notario, se deberá advertir a éste de la naturaleza del sorteo y depositar la lista con los momentos ganadores en una escritura diferente a la de las bases. Dicha escritura no será pública hasta el momento de finalización de la promoción. Es decir, únicamente podrá ser consultada por los usuarios una vez se haya terminado la promoción.

Por todo ello, y en caso de existir alguna duda en lo que a la naturaleza de la acción se refiere, siempre es muy recomendable consultar dicha acción directamente con la Agencia Tributaria.

Una vez determinada la naturaleza aleatoria de la promoción, se ha de determinar el alcance que ésta va a tener.

Ámbito del sorteo

Existen diferencias entre realizar un sorteo en una única Comunidad Autónoma o realizarlo a nivel nacional. Como ya hemos dicho antes, la entidad administrativa relacionada con la celebración de un sorteo a nivel nacional, es la Agencia Tributaria. Un sorteo será de ámbito nacional cuando la promoción se desarrolle en dos o más comunidades autónomas o bien, cuando el sorteo se desarrolle a través de Internet o por lo general, través de cualquier medio que permita participar a los usuarios desde cualquier lugar, como por ejemplo el teléfono móvil o el correo postal. Es importante determinar la forma y el lugar de la participación para poder diferenciar si un sorteo es de ámbito nacional o no.

Hay una serie de ventajas que hacen menos costoso el desarrollar una promoción de ámbito nacional frente a aquella que se realiza en una única comunidad autónoma. La mayor flexibilidad tanto en los plazos como en los requisitos, la inexistencia del pago de tasas administrativas previas o la reducción del porcentaje del pago de la tasa obligatoria sobre el juego, son algunas de las ventajas de desarrollar una promoción de ámbito nacional.

En cualquier caso, las comunidades autónomas están empezando a adoptar procedimientos más similares al que actualmente impera a nivel nacional, eliminando la tasa administrativa previa y únicamente exigiendo la comunicación de la combinación aleatoria. En comunidades como la de Madrid, la totalidad de los trámites incluido el pago de la tasa puede realizarse de forma telemática, mediante el empleo de la firma digital.

Pago de las tasas fiscales

En los sorteos de ámbito autonómico y como requisito indispensable para la solicitud de autorización administrativa en ciertas comunidades autónomas, se ha de abonar previamente una tasa administrativa inicial obligatoria. El valor de dicha tasa es diferente en cada Comunidad Autónoma y puede rondar entre los 40 y los 100 euros. Esta tasa no ha de ser abonada si se trata de promociones cuya competencia excede de una comunidad autónoma.

Como señalábamos antes, una vez iniciada la promoción, deberá abonarse a la Agencia Tributaria el impuesto sobre el Juego del 10% del valor de los premios ofrecidos, en base al artículo 38.3 del Texto Refundido de Tasas Fiscales (Decreto 3059/1966, de 1º de Diciembre). Los porcentajes también varían sensiblemente de una comunidad a otra, pudiendo oscilar entre un 10% y un 15% del valor del premio.

¿Qué información deben recoger las bases de un sorteo?

Con carácter general, y según el criterio de Loterías y Apuestas del Estado, las bases legales deberán contener:

- 1- El ámbito territorial de la promoción.
- 2- El carácter gratuito de la participación.
- 3- Las fechas de comienzo y terminación.
- 4- La fecha del sorteo y la modalidad del mismo (Notario, etc.).
- 5- Cómo se adquiere el derecho a participar.
- 6- Producto promocionado.
- 7- Valor y naturaleza de los premios ofrecidos.

Es importante también tener en cuenta en las bases de los sorteos aspectos como la comunicación y entrega de los premios, caducidad de los premios, modificaciones, bajas, y responsabilidades, entre otros.

El criterio de consumo establece, que cuando los premios sean viajes hay que incluir también en las bases los servicios que los mismos comprenden; por lo contrario, si los premios fueran automóviles, se indicará a cargo de quien corre la matriculación del mismo. También es importante tener en cuenta el pago del IRPF para aquellos premios que superen los 300 euros.

En definitiva, las bases han de contener toda la información necesaria que permita conocer a los usuarios las fechas y lugares de participación, la mecánica de la promoción, la forma de participación, el premio a sortear, y las condiciones generales del desarrollo del sorteo.

Indeterminación de los premios

En ocasiones, y por muy diversas razones, la empresa que pretende desarrollar una campaña que incluya uno o varios sorteos, es incapaz de determinar a priori la naturaleza y valor de los premios a sortear. Ya sea por la presión del tiempo, o por la propia mecánica del sorteo, se desconoce hasta el final de la promoción cuáles serán exactamente los premios entregados y el valor declarado por ello. Esto afectará a la hora de determinar el valor de los premios a efectos del pago de la tasa fiscal, (por ejemplo; sorteos para asistir a partidos de fútbol dependiendo si se clasifica el equipo).

Sabemos que la realización de los sorteos conlleva la obligación de liquidar el pago de una tasa sobre el juego, que para los sorteos de ámbito nacional es del 10% sobre el valor de los premios y en los sorteos de ámbito autonómico oscilará entre el 10% y el 15%, dependiendo de cada Comunidad Autónoma. Si a la hora de elaborar las bases promocionales y presentar toda la documentación ante los órganos competentes, desconocemos la cuantía global de los premios para calcular la tasa fiscal, se habrá de estimar una cantidad inicial que será la que se comunique en Loterías y Apuestas del Estado. Una vez haya finalizado la promoción y se conozca el valor total de los premios entregados, se deberá liquidar nuevamente la tasa por ese importe.

Promociones en redes sociales

Muchas de las promociones existentes hoy en día se vienen desarrollando a través de diferentes redes sociales. Dichas redes sociales suponen una plataforma idónea para la divulgación de acciones promocionales: la participación es sencilla, alta viralidad, rapidez en las comunicaciones y en el propio desarrollo, etc. Sin embargo, es importante tener en cuenta que se tratan de plataformas privadas, con capacidad de regular y limitar su utilización por parte de los anunciantes. Se intenta evitar el abuso por parte de las empresas organizadoras mediante el establecimiento de una serie de términos y condiciones que regularán la participación en concursos y sorteos, así como la comunicación entre promotor y usuario. Por otro lado, siempre se ha de tener en cuenta la titularidad de los datos de los participantes, así como las finalidades. Por ello, es importante consultar las condiciones de las redes sociales a la hora de plantear una mecánica promocional que pretenda utilizar los medios técnicos que dichas redes nos brindan.

Una de las redes sociales más habituales es *Facebook*, con gran impacto, tanto entre los usuarios como en los medios. Esta red social establece una serie de condiciones que pretenden ayudar a los anunciantes a la hora de comunicar acciones promocionales a través de su plataforma:

“Normas de las promociones

Estas Normas de las promociones, junto a la Declaración de derechos y responsabilidades, las Normas de publicidad, las Normas de la plataforma y cualquier otra política de Facebook, regirán tus comunicaciones acerca de cualquier concurso, competición, sorteo u otra oferta similar (una promoción), así como la administración de tales promociones a través de Facebook.

Si utilizas Facebook para administrar una promoción o enviar comunicaciones acerca de ella, serás responsable de que el funcionamiento de la promoción cumpla la legalidad vigente. Esto incluye las reglas oficiales, los términos de la oferta y los requisitos para optar a la promoción (por ejemplo, restricciones de edad y lugar de residencia), así como el cumplimiento de las normativas que afecten a la promoción y a los premios ofrecidos en ella (por ejemplo, comunicación a las autoridades pertinentes y obtención de los

permisos necesarios). Ten en cuenta que el cumplimiento de estas normas no implica que la promoción cumpla todos los requisitos legales. Las promociones están sujetas a muchas normativas, así que si no estás seguro de que tu promoción cumpla la legalidad vigente, consulta a un experto.

Las promociones de Facebook se deben administrar en aplicaciones que están en Facebook.com, ya sea en la página principal de una aplicación o en una aplicación que se encuentra en la pestaña de una página.

Las promociones 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.*
- c. Un aviso de divulgación que indique que el participante proporciona información a [destinatarios de la información] y no a Facebook.*

No debes usar las funciones de Facebook como mecanismo de registro en la promoción o de participación en la misma. Por ejemplo, el acto de hacer clic en el botón Me gusta de una página o registrarse en un lugar no pueden suponer que el usuario quede registrado o participe automáticamente en la promoción.

El registro o participación del usuario en la promoción no pueden depender de que realice una acción en ninguna función de Facebook, salvo hacer clic en el botón “Me gusta” de una página, indicar que se encuentra en un establecimiento con página de lugar en Facebook o conectar con tu aplicación. Por ejemplo, no debes condicionar el registro o la participación a acciones como indicar que le gusta una publicación en el muro, o comentar o subir una foto en un muro.

No debes usar las funciones ni las características de Facebook, por ejemplo el botón Me gusta, como mecanismos de votación para una promoción.

No debes notificar a los ganadores por medio de Facebook, por ejemplo, a través de los mensajes, el chat o las publicaciones en perfiles o páginas de Facebook.

Los anuncios no pueden dar a entender que Facebook patrocina la promoción ni que está asociado con ella de ningún modo. Los anuncios que vinculen con contenido de la marca de Facebook (como páginas, grupos, eventos o sitios web del servicio Connect) pueden hacer una referencia limitada a Facebook en el mensaje publicitario con el propósito de que (1) cumplas los requisitos de la sección 2 y (2) aclaren el destino al que dirigen los anuncios. El resto de anuncios y páginas de destino no pueden utilizar nuestros derechos de autor ni nuestras marcas registradas (como Facebook, los logos Facebook y F, FB, Face, toque, Book y muro) ni ninguna marca que se parezca a las nuestras, excepto si lo permiten nuestras Normas de uso de las marcas de forma expresa o salvo si recibes previo consentimiento por escrito de Facebook.

Definiciones:

- a. “Administración” debe entenderse como la gestión de cualquier elemento de la promoción, como recopilar inscripciones, realizar un sorteo, valorar las participaciones o notificar a los ganadores.*
- b. Con “comunicación” nos referimos a promocionar, publicitar o hacer referencia a una promoción mediante cualquier método en Facebook, por ejemplo, en anuncios, en una página o en una publicación en el muro.*

c. Concurso” o “competición” deben entenderse como una promoción que incluya un premio de valor monetario y un ganador determinado en función de sus habilidades (por ejemplo, una valoración basada en criterios específicos).

d. Con “sorteo” nos referimos a una promoción que incluya un premio de valor monetario y un ganador seleccionado al azar.”

Regalos directos limitados: “hasta fin de existencias”

Ya hemos hablado antes de las diferencias entre los sorteos y los concursos y de su naturaleza aleatoria o su carencia de ella. Una de las muchas formas que puede adoptar una determinada promoción es la de los regalos directos. El consumidor o usuario realiza determinada compra o realiza determinada acción y por ello obtendrá un regalo de forma gratuita y directa. En principio, una acción de estas características no reviste en modo alguno aleatoriedad, ya que todos los participantes recibirán un regalo, y por tanto no se deberá comunicar la promoción a la Agencia Tributaria, ni liquidar el pago del impuesto sobre el juego: no es un sorteo.

Pero en ocasiones, la empresa promotora cuenta con un número limitado de unidades de regalos y quizá no todo el mundo pueda obtener un regalo directo: “Promoción válida hasta fin de existencias. Unidades limitadas a 20.000”. El criterio asumido entonces por Loterías y Apuestas del Estado en una promoción con regalos directos limitados era el de considerarlo como una promoción de naturaleza aleatoria, ya que habrá usuarios que no puedan recibir un regalo. Por lo tanto, habría que considerar aleatoria este tipo de acción y, por supuesto, asumir el pago del impuesto sobre el juego.

Independientemente de lo comentado en el párrafo anterior, es obligatorio reflejar en la publicidad el número de existencias porque de lo contrario, puede ser declarado como publicidad engañosa y como consecuencia, acordar la retirada de la campaña y aplicar la correspondiente sanción.

Protocolización ante Notario.

De forma paralela a la comunicación de la promoción, es muy recomendable depositar las bases ante un Notario y realizar en su caso el sorteo ante él. No hay ninguna norma que obligue a los promotores a depositar las bases – a excepción del Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes por el que se establece que *las bases de los concursos o sorteos, deberán estar depositadas, con carácter previo a su publicidad y celebración, ante un notario u organismo público competente, de modo que sean fácilmente accesibles a los usuarios-* pero sí que es muy recomendable el

hacerlo, 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.

Según el Consejo, se trata de un servicio que facilita que un usuario pueda, desde cualquier terminal de Internet, disponer de esta información antes de suscribir una determinada oferta comercial. No constituye publicidad comercial de las empresas o entidades otorgantes del acta, ni del notario autorizante.

Tenemos que recordar que la publicación en ÁBACO no exime al anunciante de las obligaciones relacionadas con la promoción y que únicamente será el notario la persona capacitada para comunicar las bases a la Agencia Notarial de Certificación (Ancert), entidad encargada de la gestión de ÁBACO.

Datos personales

Lo primero que hay que tener en cuenta es si ya la empresa tiene solicitada la inscripción del fichero de datos personales, en la Agencia de Protección de Datos Personales, e inmediatamente asegurar las medidas de seguridad prescritas por la Ley en función del carácter de los datos.

Por otro lado, a la hora de recabar datos personales para la elaboración de un sorteo, ya sea a través de un formulario en Internet o a través de cupones de participación, se ha de regular la recogida de datos conforme a lo establecido por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, incluyendo una cláusula legal facilitando toda la información legal establecida por esta ley.

Aspectos legales de las creatividades

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.
- 10- Cuando se trate de sectores o productos concretos como financiero, farmacéutico, alcohol, etc., habrá que aplicar las normas específicas (nacionales, o autonómicas, o locales) que procedan a dicho sector y a la campaña en concreto.

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.

Respecto a las creatividades en Internet (banners u otras) es conveniente que exista al menos una información mínima respecto a la promoción, aunque se pueda direccionar a través de un enlace a otra página en la cual se detallen las condiciones; hay que evitar caer en la publicidad engañosa, que se se puede aplicar sobre ese banner con el objeto de que el consumidor *haga clic*, independientemente de que existan accesos posteriores a páginas.

9. Textos legales en publicidad. Nociones de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley General de Publicidad y otros.

Las creatividades por lo general, y especialmente cuando se trata de ofertas de productos o servicios o de promociones, deben ser complementadas con textos *legales*. Los organismos de Consumo atienden especialmente a estos textos, ya que suele ser la única orientación para el consumidor medio, que por regla general no consulta términos o bases legales, adoptando sus decisiones de consumo basándose únicamente en dicha publicidad.

Los criterios interpretativos que a lo largo del tiempo han ido adoptando las autoridades en sus resoluciones en esta materia, se basan en la amplia casuística que existe al respecto, y fundamentalmente en las normas de consumidores y usuarios; ley general de publicidad y ley de competencia desleal.

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

El artículo 8 de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece los Derechos básicos de los consumidores y usuarios, señalando que éstos tienen derecho a obtener la *“información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”*.

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

Por otra parte, la ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, señala que es 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.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal establece en su artículo 5, que se considera desleal por engañosa *“Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:*

- La existencia o la naturaleza del bien o servicio.
- Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.
- La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.
- El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.
- El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.
- La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación.
- La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.
- Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

Por otro lado, el artículo 7 de esta misma ley, señala que *“Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”*.

Teniendo en cuentas las normas citadas, podemos concluir que el texto legal:

- *Debe informar correctamente a los usuarios;*

-Debe ser veraz, y

-No puede omitir elementos que sean necesarios para que el consumidor adopte una decisión.

En la práctica, y como elementos básicos, el texto legal debe contener:

- *La fecha de vigencia de la campaña;*
- *La segmentación por edades, o el público en concreto al cual va dirigida la campaña;*
- *El precio completo del producto, y en general la mayor cantidad de información posible sobre la promoción u oferta.*

Otras consideraciones a tener en cuenta son las siguientes:

La creatividad y el texto legal deben referirse al “Precio Completo”

Para determinar qué debe incluir el precio completo, debe atenderse a las siguientes normas:

- El artículo 2 del Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios, que define “precio de Venta” como el precio final de una unidad del producto o de una cantidad determinada del producto, incluidos:
 - el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y
 - todos los demás impuestos.
- El artículo 60.2.b del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, establece que 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.

Cabe señalar que en la práctica se ha dado el caso de que las autoridades de consumo han señalado que existe publicidad engañosa por no incluirse el precio completo en la misma creatividad, obviando que el texto legal es parte integrante del anuncio.

Es necesario que el texto legal incluya el número de existencias

En las promociones que contemplen productos con un stock determinado, no es suficiente que en su texto legal señalen “hasta fin de existencias” o “hasta agotar stock”, sino que debe determinarse el número total de las mismas. De esta forma se propicia la transparencia de la promoción de cara al consumidor. Este principio ha sido ampliamente reconocido en nuestro sistema, por ejemplo a través de las resoluciones de AUTOCONTROL, y su incumplimiento ha motivado la incoación de expedientes sancionadores por parte de los organismos de consumo.

Los productos exhibidos en las creatividades deben ser los efectivamente ofertados

La creatividad debe exhibir los productos que se ofertan, y en ningún caso podrá mostrar un producto diferente. Lo contrario podrá ser considerado por las autoridades de consumo como Publicidad Engañosa, ya que el consumidor razonablemente creerá que las condiciones de la oferta o promoción se aplican al producto que figura en la acción publicitaria.

Por ello necesariamente lo exhibido y ofertado siempre debe coincidir, y esto aún cuando se señale que “los modelos exhibidos no son los ofertados”.

Indicación de precios con limitaciones mínimas o máximas (“desde” – “hasta”)

Para un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estas expresiones indican el precio a partir del cual podrá ser obtenido un determinado bien (desde) o el límite máximo del mismo (hasta) (Resolución de autocontrol, asunto Compañía Española de Petróleos S.A. vs. Mutua Madrileña Automovilista). Por lo tanto sí es posible señalar precios incluyendo estas expresiones, no obstante es recomendable que el usuario visualice el “desde” o el “hasta” sin posibilidad de error. En el caso de indicarse un precio mínimo (“desde”), es conveniente que el producto exhibido y sus características se correspondan con ese precio mínimo señalado.

Cabe señalar no obstante, que en la práctica se ha dado el caso de que la autoridad de consumo ha señalado que incluir los precios con mínimos o máximos se constituye como publicidad engañosa.

Normativa sectorial y códigos de autorregulación publicitaria

Es recomendable que en la elaboración de las creatividades y de sus textos legales se tengan en cuenta la normativa sectorial y los códigos de autorregulación publicitaria.

- **La normativa sectorial** se apoya en leyes y normas jurídicas concretas, y como tales, de obligado cumplimiento para sus destinatarios. En este sentido, son variadas las normas que condicionan los contenidos y la forma de comunicar un determinado reclamo publicitario.

Como ejemplo de lo anterior, el Real Decreto 837/2002, de 2 de agosto, por el que se regula la información relativa al consumo de combustible y a las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos que se pongan a la venta o se ofrezcan en arrendamiento financiero en territorio español, señala en su artículo 7 que *los impresos de promoción utilizados para la comercialización, publicidad y promoción entre el público en general de los distintos modelos de turismos deberán incluir los datos oficiales sobre consumo de combustible y específicos sobre emisiones de CO₂, relativos a los mismos*. No obstante referirse a “impresos” la norma se ha hecho extensible a otros soportes, como puede ser el on line.

- **Los códigos de autorregulación publicitaria** se constituyen como un acuerdo normativo adoptado por sectores determinados, y que inciden notablemente en la forma de hacer publicidad y en las decisiones que se adoptan en los conflictos que se produzcan en estas materias (tanto en el ámbito extrajudicial o judicial).

Un ejemplo de lo anterior, es el Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España, que establece la obligación de incluir la leyenda de consumo responsable en un formato legible para los destinatarios y que deberá aparecer siempre en horizontal. En el caso concreto de la televisión, la leyenda deberá aparecer en un tamaño de letra cuerpo 26. Su tiempo de exposición será de 3 segundos en spots de hasta 10 segundos, de 5 segundos en spots de entre 11 y 30 segundos, y de 7 segundos en spots de mayor duración, quedando excluida la publicidad no convencional (por ejemplo: caretas de patrocinio) no superiores a 10 segundos.

Asimismo, el Código de Autorregulación del Vino en Materia de Publicidad y Comunicaciones Comerciales establece respecto al mensaje de moderación que:

- Se insertará en un tamaño mínimo del 1% del total del anuncio.
- Aparecerá en un color que permita su clara y fácil lectura con respecto al fondo del anuncio.
- En el caso concreto de la televisión y del cine, aparecerá siempre en horizontal, mediante una sobreimpresión fija en pantalla de, al menos, dos segundos de duración y una superficie del 1,5% del total del anuncio.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse a la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), organismo que orienta, supervisa y controla las acciones publicitarias de sus asociados. Las resoluciones que AUTOCONTROL dicta en los conflictos que se le presentan tienen una gran importancia, ya que aunque éstas son sólo aplicables a sus miembros, forman un precedente interpretativo confirmado por los tribunales.

AUTOCONTROL dicta sus resoluciones tomando como fundamento el Código de Conducta Publicitaria basado en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio (ICC International Code of Advertising Practice) y en sus principios básicos de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad de las comunicaciones comerciales.

De la interpretación de este código, se pueden extraer importantes normas, como por ejemplo que el contenido del anuncio no puede contradecirse. En este sentido, los textos legales no pueden limitar o modificar sustancialmente lo que se comunica de forma destacada. El artículo 3.3 del código establece que “...cuando un anuncio contenga un mensaje claramente destacado (...), *el anunciante deberá adoptar las medidas necesarias para que las restantes partes del anuncio sean claramente comprensibles y no introduzcan ni modificaciones ni limitaciones relevantes del mensaje principal*”.

En otro aspecto, este mismo artículo ha servido de base para sentar de forma definitiva el principio que se puede llamar “de comprensión” del anuncio completo por parte de los consumidores y usuarios. Así por ejemplo, en el procedimiento Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) vs. Nissan Iberia, S.A. “Nissan Qashqai”, se denunciaba un anuncio exhibido en televisión, y en concreto la extrema rapidez con que pasaba el texto legal. El Jurado de AUTOCONTROL determinó que la publicidad infringe la norma 3.3 del Código de Conducta Publicitaria, *en la medida en que el mensaje sobreimpresionado (scroll) relativo a la oferta emitida publicitariamente que se incluye en el anuncio resulta completamente ilegible en condiciones normales de visionado debido a su velocidad de paso por pantalla*”.

10. Principales normas relativas a los derechos de los consumidores

En la misma línea de lo ya señalado, y para profundizar, se puede señalar que en nuestra actual legislación existen una serie de normas aplicables a los web sites, y que en definitiva pretenden que los usuarios tengan acceso a la mayor cantidad de información para identificar claramente a los titulares de la página, los objetivos; cómo se organizan y gestionan los servicios y productos que ofrecen mediante comercio electrónico; la utilización de sus datos personales, entre otros.

Por esta razón, y considerando que actualmente existe un gran número de Administraciones Autonómicas que a través de sus respectivas Delegaciones de Consumo, se encuentran realizando inspecciones de oficio a páginas web que ofrecen servicios o comercio electrónico, con el objeto de imponer sanciones económicas, conviene revisar algunas normas fundamentales en la materia.

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

1.1.- Artículo 10 Información General. Exponer de forma clara y precisa los datos sociales de la empresa (denominación social, CIF, domicilio, datos Registro Mercantil, teléfono, fax, mail de contacto).

1.2.- Contratación electrónica. Artículos 23 y siguientes.

1.2.1.- Obligaciones previas a la contratación

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:

- Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.
- Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.
- Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y
- La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

1.2.2.- Información posterior a la celebración del contrato

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

- 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
- 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. En similares términos se expresa el Real Decreto Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

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. 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 aquel 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.

1.2.3.- Lugar de celebración del contrato

Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios. La infracción de esta norma se considera además como práctica abusiva.

2.- Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias

Esta norma establece lo siguiente:

2.1 Condiciones Generales

En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato;
- Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.
- Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2.2 Concepto de Clausula abusiva

Definida por la ley como aquélla que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, se sancionan dichas cláusulas con la nulidad de pleno derecho. Ejemplos de cláusulas abusivas son:

- Las que vinculan el contrato a la voluntad del empresario. Son ejemplo de estas cláusulas las que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato; las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aún cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones; las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones, entre otras; las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.
- Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario. Son ejemplo de estas cláusulas, la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario; la exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél; la liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste; la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario, etc.
- Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad, por ejemplo, la imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos; la retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario; la autorización al empresario para resolver el contrato

discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad; la posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato; las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

- Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable. Son abusivas por lo tanto la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico; la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble; La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

2.3 Garantía

El plazo de garantía legal, señalando que el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega. En los productos de segunda mano, el vendedor y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega. Adicionalmente y de forma voluntaria es posible ofrecer una garantía comercial, nunca inferior al plazo de dos años.

2.4 Desistimiento

El consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de siete días hábiles para ejercer el derecho de desistimiento. Será la ley del lugar donde se ha entregado el bien objeto del contrato o donde hubiera de prestarse el servicio, la que determine los días que han de considerarse hábiles.

Como excepciones al derecho de desistimiento figuran:

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

- 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.
- Contratos de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.
- 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.
- Contratos de servicios de apuestas y loterías.

2.5 Información contractual

En los contratos a distancia debe indicarse de modo claro e inequívoco:

- Los gastos de entrega y transporte;
- El plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento;
- 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;
- 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;
- La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución;
- En su caso, indicación de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos,

11. Publicidad comparativa. Nociones legales.

La publicidad comparativa es una opción muy interesante para los profesionales del marketing, ya que permite recurrir a las características del propio producto, y destacarlas respecto a las de un competidor.

La alternativa de acudir a este tipo de publicidad aún no se ha explotado suficientemente en nuestro sistema, y esto pese al probado impacto que tiene en los consumidores. Puede que lo

anterior se deba al desconocimiento de las pautas legales que la regulan, por lo que en lo siguiente se procederá a entregar las nociones fundamentales establecidas en la legislación vigente, profundizando en este tema.

Según señala el artículo 10 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

1. Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
2. La comparación se realizará 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.
3. 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.
4. No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
5. 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.

Requisitos legales

Los elementos más importantes a tener en cuenta de acuerdo a los términos de la ley son los siguientes:

1. La publicidad comparativa sólo es válida si se realiza respecto de un competidor

Serán competidores conforme a la regulación comunitaria y nacional ***aquellas empresas que ofrezcan bienes o servicios que pueden sustituirse unos respecto de los otros***. Por lo tanto, “no es posible determinar la existencia de una relación de competencia entre el anunciante y la empresa identificada en el mensaje publicitario con independencia de los bienes o servicios

que ofrezca esta última". (Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril del 2007).

2. Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas.

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).

3. La comparación se realizará 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 ***aquellas características que permitan precisamente enfatizar las diferencias esenciales***, y de esta forma tratar de orientar las preferencias del consumidor.

El considerando decimoquinto de la directiva 97/55 establece que *la utilización de una marca u otro signo distintivo, cuando se hagan respetando las condiciones de la directiva 84/450, 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).

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

Lógicamente se trataría en muchos casos no sólo de una infracción a las normas de competencia desleal, sino que además de una infracción a los derechos de propiedad intelectual e industrial de un tercero.

5. 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.

Los **actos de engaño** se refieren a cualquier conducta que contenga información falsa o información que aún siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico. En este contexto también debemos incluir las omisiones engañosas.

Es indudable que lo anterior se relaciona con uno de los principios fundamentales de la publicidad, el Principio de Veracidad, que implica no sólo no emitir información falsa, sino que no omitir cuestiones que de saberse provocarían un efecto distinto en el consumidor.

Así por ejemplo en la publicidad de J. García Carrión S.A. “¿Dónde están sus naranjos en España?” en virtud de la cual se comparan dos productos “zumo exprimido Don Simón” y “Granini”, la entidad AUTOCONTROL señaló que el anuncio en parte era engañoso ya que la expresión “Granini es zumo a base concentrado” *“traslada a los consumidores el mensaje de que todos los zumos de Granini son a base de concentrado, cuando lo cierto es que bajo esta marca, la mercantil titular de la misma comercializa también zumos exprimidos”* (Resolución de 5 de mayo de 2010).

Se constituye como **Acto de Denigración** la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

En el contexto de la publicidad comparativa, el acto de denigración implica que no se puede hacer comparación **hasta el punto de menoscabar la marca y/o el producto de la competencia**. En estos extremos se pronuncia igualmente el Jurado de Autocontrol en la resolución emitida por una reclamación interpuesta por la entidad Euskal Irrati Telebista contra una publicidad de la que es responsable la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (SER). Se trata de una publicidad comparativa en relación al número de oyentes de diversas cadenas y cuyas cifras vienen acompañadas por la figura de un ángel con una actitud de felicidad por tener una audiencia mayor. Los datos de audiencia de la reclamante aparecen acompañados de las figuras de varios ángeles en una actitud de desánimo y tristeza, ante lo cual, el Jurado de Autocontrol realiza la siguiente afirmación:

“A este respecto, el Jurado ya ha declarado en diversas ocasiones que toda comparación publicitaria conlleva un cierto grado de descrédito para el producto o servicio objeto de la comparación. Al fin y al cabo, se comunican al público de los consumidores las desventajas o características negativas de los productos o servicios de los competidores. Pero este grado de descrédito, implícito en toda comparación publicitaria, debe ser admitido, en la medida en que es inherente a una modalidad publicitaria esencialmente lícita. De lo expuesto se deduce que lo que se prohíbe en el ámbito de las comparaciones publicitarias es la denigración o el descrédito innecesarios; esto es, la denigración que vaya más allá de la implícita en toda comparación publicitaria.”

Respecto a la **Explotación de la Reputación Ajena** 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.

La ley, por tanto, es muy clara al respecto autorizando la publicidad comparativa siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos y calificándola de desleal en caso contrario.

Al examinar los requisitos que la ley establece a efectos de que se cumplan los supuestos de la publicidad comparativa, debe considerarse que las autoridades comunitarias favorecen la existencia de este tipo de publicidad. Lo anterior, por cuanto se afirma que **la publicidad comparativa contribuirá a demostrar objetivamente las ventajas de los distintos productos comparables y, de este modo, a estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor** (segundo considerando Directiva 97/55). Por estas razones, **“los requisitos impuestos a la publicidad comparativa deben interpretarse en el sentido más favorable a este tipo de publicidad”**. (Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de Octubre de 2001).

12. Propiedad intelectual. Nociones generales y relación con el Marketing.

Los derechos de propiedad intelectual cobran una importancia fundamental en el ámbito publicitario. Y esto, no sólo porque los propios anuncios publicitarios se constituyen como obras protegidas, sino porque en muchas ocasiones para su elaboración se recurre a contenidos proveídos por terceros distintos de las agencias que participan en su creación.

Derechos de propiedad intelectual

Para comprender mejor la importancia de estos derechos, que en España se encuentran regulados por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 11 Noviembre (en adelante LPI), en primer lugar se debe considerar que los derechos de propiedad intelectual se dividen en dos grandes grupos:

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

Estos derechos 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.

- **Los derechos de explotación**, que se configuran como el contenido económico de la propiedad intelectual. Los principales derechos son el derecho de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Estos derechos pueden ser objeto de cesión por parte de su autor, y de hecho cada vez que se hable de “cesiones”, se estará refiriendo exclusivamente a estos derechos.

Tipos de Cesión

Los derechos de explotación, pueden ser objeto de dos tipos de cesiones:

Cesión en exclusiva: la cesión en exclusiva implica que la cesión del derecho 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 de 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 cesionario realice cesión del derecho a un tercero.

Derechos de propiedad intelectual en la relación Agencia-Cliente

En materia publicitaria, y específicamente en la relación agencia-cliente/anunciante, la cesión de los derechos está regulada por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.,

Dicha norma define “contrato de creación publicitaria” como aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario (art. 20).

El artículo 21 del mismo cuerpo legal señala a quien pertenecen los derechos de propiedad intelectual en dichas creaciones publicitarias:

“...Los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, **cedidos en exclusiva al anunciante o agencia**, en virtud del contrato de creación publicitaria y **para los fines previstos en el mismo.**”

Por lo tanto, si nada se dice, los derechos de explotación de los trabajos publicitarios que realice la Agencia le corresponden al anunciante; y en exclusiva, es decir dichos trabajos sólo podrán ser explotados por quien los encargó.

Ahora bien, no puede decirse lo mismo de los trabajos preparatorios, bocetos e ideas previas manifestadas en dibujos, diseños u otros soportes. La presunción sólo actuarían respecto de los resultados, por ello siempre es conveniente regular esta materia por medio de un contrato a través del cual se expresen estos términos.

La cesión que regula este artículo 21 se realiza sólo para los fines previstos en el contrato, por lo que el ámbito temporal y territorial de la misma, y el soporte en el cual pueda explotarse la creación publicitaria, dependerán de su naturaleza, a menos que las partes pacten cuestiones diferentes.

Aunque el contrato de creación publicitaria y la presunción de cesión de los derechos aplica para personas físicas que realicen trabajos publicitarios para Agencias, es conveniente que de forma expresa los términos se regulen en un contrato. Igual cosa se recomienda en el caso de subcontratación de terceras agencias.

Derechos de propiedad intelectual de terceros

Para la elaboración de anuncios publicitarios, a menudo se recurre a obras que pertenecen a terceros, tales como fotografías, videos, diseños, etc.

En estos casos la agencia necesariamente debe:

- Contactar con el titular de la obra, a objeto de negociar la inclusión de la obra en una campaña publicitaria. Lo anterior será necesario siempre, y aún cuando la obra se encuentre en soportes de tipo “público”, como es el caso de Youtube. El hecho de que las obras estén expuestas de forma pública y gratuita, no implica su libre uso para hacer publicidad.

La Agencia debe tener en consideración que no es lo mismo que un adolescente utilice el diseño o fotografía de un tercero en su blog, que el hecho de que un anunciante cuya marca es ampliamente reconocida utilice ese mismo diseño o fotografía en

campañas online o de televisión. Fuera del mayor o menor alcance que tengan las cesiones que hayan realizado los titulares a redes sociales, o a portales como Youtube, debe considerarse que en la creación publicitaria se encuentra implicada la imagen de una marca, la cual puede verse dañada ante reclamaciones de esta naturaleza.

Asimismo, la Agencia debe aplicar cautela con las obras registradas bajo *Creative Commons*, ya que el hecho de que las obras estén libres de derechos, no significa que puedan utilizarse para fines promocionales, a menos que la propia licencia lo autorice.

- Debe firmar un contrato con el titular, que por ese hecho se convertirá en cedente de sus derechos. En dicho contrato debe tenerse en cuenta:
 - La vigencia temporal (si nada se dice, son 5 años)
 - El ámbito territorial (si nada se dice, la cesión es válida sólo dentro de España)
 - El formato a través del cual se explotará dicha creación (si nada se dice, entonces serán sólo aquéllos acordes con la naturaleza del anuncio)
 - El carácter exclusivo o no exclusivo de la cesión. Si es de carácter exclusivo, la agencia o anunciante (dependiendo a quien se haga esa cesión) tendrá un derecho absoluto excluyendo incluso al titular. Si es de carácter no exclusivo, se podrán utilizar las creaciones, pero el cedente podrá seguir explotándolas por su cuenta. (Si nada se dice, será no exclusiva).
 - Además, deberá incluirse una declaración de autoría y originalidad por parte del titular que en definitiva exima de responsabilidad a la agencia y al anunciante en caso de reclamaciones por parte de terceros que aleguen tener derechos sobre esa obra.

Al incluir obras de terceros es recomendable trabajar con el tiempo suficiente dado que en muchas ocasiones no es sencillo ubicar a los autores con el objeto de conseguir las autorizaciones correspondientes. Lo anterior se aplica especialmente a las obras musicales, ya que la gestión de la licencia implica las tramitaciones correspondientes en la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y en su productora correspondiente. Además, si lo que se pretende es “sincronizar” la pieza musical con imágenes audiovisuales (por ejemplo para un

spot on line o televisivo), el autor por regla general debe intervenir directamente en la concesión de los derechos respectivos.

Contenidos bajo dominio público

Los derechos de explotación sobre las obras protegidas, tiene una duración limitada en el tiempo (actualmente en España, la duración es de 70 años a partir de la muerte del autor, a menos que el autor haya fallecido antes del 7 de diciembre de 1987, en cuyo caso será de 80 años). Transcurrido este plazo, las obras pasan a dominio público, pudiendo utilizarse libremente, debiendo respetarse no obstante el derecho de paternidad (autoría) e integridad de la obra.

La propiedad intelectual y los 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 siempre 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 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 o entregarlo a condición de que el servicio sea pagado en su totalidad, etc.

Por otra parte, si la propiedad no es exigida, 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, insolvencia por parte del proveedor, etc., 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, o como reales anuncios publicitarios por sí mismos.

13. Propiedad industrial: las marcas y su relación con el marketing.

En muchas ocasiones la elaboración de una campaña o acción publicitaria implica la creación de un signo distintivo de un producto o servicio. Será el caso por ejemplo del nombre de una revista, la denominación de un producto, etc.

En los casos en que sea previsible que las acciones, productos o servicios se mantengan en el tiempo, es recomendable proceder al registro de la respectiva marca.

La ley 17/2001, de 7 de Diciembre, regula la protección de marcas, patentes y nombres comerciales. En su artículo 34 se señala que *“El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico”*, pudiendo prohibir a los terceros que utilicen cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada.

De lo anterior deriva la importancia de proceder al registro formal de la marca.

Requisitos básicos para el registro de una marca

Para proceder al registro, los pasos básicos son los siguientes:

1. En primer lugar, debe realizarse una búsqueda formal en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), con el objeto de determinar si la marca que interesa, se encuentra o no registrada. De esta forma se puede obtener mayor seguridad respecto a si es procedente o no dicho registro, o evaluar la conveniencia del mismo en función de si existen denominaciones similares registradas, especialmente si se refieren a los mismos productos o servicios.
2. Si no existen registros idénticos o similares referidos a los mismos productos o servicios, puede iniciarse el trámite de registro. Para ello es necesario:

- Obtener los datos de quien figurará como titular de la marca. En este caso lo usual será que en la titularidad conste el cliente y no la agencia.
- Determinar con exactitud los productos o servicios a lo que se refiere la marca, con el objeto de adaptarlos a la clasificación de Niza.
- Si la marca incorpora un logo, y éste figura en colores, es necesario que éstos se clasifiquen de acuerdo a la clasificación pantone. Además el logo debe incorporarse como parte integrante de la solicitud
- El pago de las tasas administrativas, según los importes que fije la OEPM.

Oposición de terceros

Recibida la solicitud de marca, la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) procederá a su publicación en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. Una vez publicada la solicitud de la marca, cualquier tercero que se considere perjudicado podrá oponerse al registro de la misma, invocando alguna de las prohibiciones que establece la ley.

De prosperar la oposición presentada, la OEPM denegará la solicitud. De ahí que es conveniente que la marca sólo se utilice una vez que haya sido concedido formalmente su registro. Y esto, porque la inversión de recursos económicos sea en una campaña publicitaria o en la producción y distribución de productos, puede perderse definitivamente si finalmente el registro no es procedente. Esto es una recomendación importante, especialmente para las agencias.

Marca y nombre de dominio

Cuando las acciones publicitarias incluyan el registro de un nombre de dominio, debe prestarse atención a cómo se relacionan éstos con las marcas registradas.

El artículo 34.3 de la ley 17/2001, de 7 de Diciembre, da derecho al titular de una marca a prohibir *usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio*.

De lo anterior, se puede señalar entonces que el titular de una marca tiene el derecho legítimo a registrar el nombre de dominio que incorpore esa marca, y a prohibir que otros utilicen dicha marca en sus dominios.

Por lo tanto, para el caso de registro de nombres de dominio, será fundamental que no se incorporen marcas de terceros, o palabras o términos similares a esas marcas.

Se entiende que la utilización de términos idénticos o similares a los de una marca registrada genera **Confusión**. Dicha confusión deriva como es lógico, en un desconcierto entre los usuarios, que creerán razonablemente que el dominio en cuestión pertenece al titular legítimo de la marca. Y lo anterior puede significar incluso que se determine la mala fe en ese nombre de dominio, no sólo por favorecer la confusión entre los usuarios, sino porque se puede establecer que existe un **Aprovechamiento de la Reputación Ajena**.

Ambos extremos, la confusión y el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, están de sobra reiterados en numerosas resoluciones de ICANN y RED.es. Estas entidades, de carácter extrajudicial, son las encargadas de velar por el marco legal en el contexto de los dominios en internet, y sus procedimientos son de carácter obligatorio para los interesados en reclamar un nombre de dominio, sea para pedir la cancelación o la cesión de un nombre determinado.

El criterio que prevalecerá será siempre el de proteger la exclusividad en la utilización de la marca en el tráfico económico y jurídico.

Las marcas y “parasitismo”

Uno de los fundamentos de la “exclusividad” de la que se habla en el apartado anterior, radica en la responsabilidad de explotar la marca por parte de su titular, y por lo tanto de invertir económicamente a través de recursos humanos y técnicos para llevar a cabo dicha explotación.

¿Qué significa el parasitismo?

El monopolio que otorga a su titular el registro de una marca, ciertamente tiene relación con la explotación de la marca, y la inversión que se realiza. El parasitismo implica que un tercero aprovecha los esfuerzos económicos que ha realizado el titular de una marca, beneficiándose de esta forma de la reputación conseguida en el mercado por dicho titular.

¿Siempre que un tercero utiliza una marca, existe un aprovechamiento de la reputación y esfuerzo ajeno?

No siempre es así, el principio tiene matices que ha ido desarrollando la jurisprudencia. De esta forma, la Sentencia de 25 de febrero de 2011, del Juzgado de Marca Comunitaria de

Alicante, desestimó una demanda interpuesta por “Red Bull” en contra de la conocida marca “Scalextric”, que reproducía en miniatura los coches de carrera con el patrocinio de dicha marca. La sentencia consideró que la utilización por parte de Tecnitoys (Scalextric) en ningún caso infringía la función indicadora del origen, es decir, la reproducción en miniatura no alteraba la capacidad de distinguir el origen de los coches y su patrocinio (Red Bull) y de las miniaturas (Tecnitoys), respectivamente. A lo anterior, se suma el hecho de que en ningún caso las miniaturas desprestigiaban a la marca, ya que estaban fabricadas de forma fiel y con materiales de calidad. En cuanto al efecto publicitario que deriva del uso de la marca, el tribunal consideró que dichas reproducciones incluso producen “una extensión de los efectos del patrocinio deportivo, con una reiteración de los impactos publicitarios”. Por todo lo anterior, concluyó que en el caso en cuestión no se indica de qué manera la reproducción fidedigna en los juguetes a escala comercializados menoscaba la función de promoción de las ventas o su estrategia comercial, es decir, que no hay indicios de perjuicios para la labor de promoción.

A modo de conclusión, se puede señalar que el titular de una marca tiene efectivamente un derecho exclusivo que le confiere un verdadero monopolio para explotar la marca registrada, si bien la exclusividad tiene límites. Dichos límites los establecen las propias funciones de la marca (evitar la doble identidad, la confusión, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno; indicar el origen empresarial, entre otros), y por lo tanto se acepta que dentro de ciertos parámetros, no existe un aprovechamiento del esfuerzo ajeno que implique una competencia desleal. Sin perjuicio de lo anterior, las utilidades que unos y otros puedan llevar a cabo se deben estudiar caso a caso, ya que las distintas acciones y los efectos que se deseen alcanzar impondrán diversos matices que requieren un examen pormenorizado de su legitimidad.

14. Los Derechos de Imagen

La imagen personal goza de una doble protección:

- Por una parte, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.
- La ley Orgánica de Protección de Datos Personales 15/1999 ya que la imagen de una persona es considerada como un dato personal.

Es por ello que las acciones que contemplan imágenes, sea a través de fotografías o vídeos, deben ser especialmente reguladas.

La imagen como dato personal

La imagen de una persona la hace identificable, por eso es que 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.

Así por ejemplo, si una campaña consiste en que los usuarios suban fotografías personales que serán almacenadas, deberían formar parte de un fichero inscrito ante la Agencia de Protección de Datos.

Algunos aspectos importantes a tener en consideración son los siguientes:

Captación de imágenes en lugares públicos

Es importante recordar que la captación de imágenes en lugares públicos, en el caso de ser almacenadas configurando una base de datos, se tiene que adaptar a la normativa vigente, en concreto:

- Los datos deben captarse con el consentimiento informado del afectado.
- Los datos de carácter personal deben ser cancelados cuando desaparezca la finalidad o fundamento en virtud del cual fueron recabados.

El ejemplo de lo que ha sucedido con Google Street View define lo que a política de datos e imagen se refiere la ley. Google ha sido requerido por las autoridades pertinentes a fin de que salvaguarde la privacidad de los datos personales. Así por ejemplo, la Agencia de Protección de Datos de Hamburgo solicitó a Google que eliminara las imágenes tomadas por los coches de Street View que están sin procesar, es decir, en las que se pueden ver aún las caras y las matrículas, porque no se han difuminado. Idénticos principios y requerimientos ha realizado la Agencia Española de Protección de Datos.

En la práctica, las agencias tienen que considerar que no por ser las imágenes públicas (sea porque se han captado en la calle, o porque están en espacios que usualmente se interpretan como de acceso público, como es el caso de internet), se tiene el derecho a utilizarlas.

Imágenes de menores de edad

Como ya se ha señalado antes, la recabación de datos personales de menores de 14 años debe ser autorizada por sus tutores o representantes legales. Por lo tanto en las acciones en las que se quiera incorporar la fotografía o video de un menor, debe solicitarse dicho consentimiento por escrito.

La protección de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y la utilización de la imagen para fines publicitarios

El derecho de imagen es un derecho fundamental

El artículo 18 de la Constitución Española señala:

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

Si bien en el ámbito europeo no se le confiere el carácter de ser un derecho autónomo, lo cierto es que nuestros tribunales han establecido que se trata de un derecho con entidad propia. De esta forma las Sentencias del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo, así como la 147/2003, de 28 de enero y la 127/2003, de 30 de junio han coincidido en dicho carácter. De acuerdo a dichas sentencias, se puede definir este derecho como:

La facultad que ostenta toda persona consistente en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde.

Por lo tanto, el titular puede impedir las reproducciones de su imagen, aun cuando éstas no afecten o lesionen su buen nombre (honor) o den a conocer aspectos de su vida íntima (intimidad).

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen establece que este derecho es irrenunciable, inalienable e imprescriptible.

¿Qué es una intromisión ilegítima?

Se puede señalar que intromisión ilegítima es toda aquella que se realiza por parte de un tercero, sin la autorización del titular de los derechos de imagen.

La ya citada ley orgánica establece que el derecho de imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en la ley es nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento que el propio titular otorgue.

Son ejemplos de intromisiones ilegítimas la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo las excepciones legales (por ejemplo captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público); y la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

La utilización de la imagen para fines publicitarios (Right Of Publicity). Rol del consentimiento

De lo visto se puede desprender que el derecho de imagen, definido como la facultad de impedir que dicha imagen sea reproducida, es irrenunciable, salvo que el propio titular consienta en ello. Por otra parte, la ley señala expresamente que se constituye como una intromisión ilegítima la utilización de la imagen para fines publicitarios.

¿Cómo debe procederse en caso de llevar a cabo la utilización de la imagen para dichos fines?

La imagen de una persona también puede ser parte de su activo patrimonial, y en concreto, puede incluirse en el tráfico jurídico, a cambio de una contraprestación por la cesión realizada (explotación publicitaria de la imagen Right Of Publicity).

Para que dicha utilización sea completamente eficaz será necesario que proceda el consentimiento del titular; será su autorización la que legitime el uso de la imagen, de lo contrario se tratará de una intromisión ilegítima.

Por lo tanto, el consentimiento es un elemento fundamental, y debe ser otorgado tanto por profesionales, como sería por ejemplo el caso de modelos publicitarios, así como por personas que ocasional o accidentalmente pueden ceder su imagen con estos propósitos.

En la práctica, ¿cómo debería recabarse el consentimiento?

Conviene señalar previamente qué ha señalado la jurisprudencia respecto a los requisitos del consentimiento.

La sentencia del tribunal supremo STS 6656/2008, cita textualmente otras resoluciones, estableciendo que “reitera la jurisprudencia, entre otras en la Sentencia de 25 de noviembre de 2002, con cita de la de 25 de enero de igual año, que «no es necesario que se otorgue por

escrito, y que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas». Por su parte la Sentencia de 24 de diciembre de 2003, señala que «ha de concurrir para poder tener en cuenta el hecho excluyente relevante de responsabilidades que el consentimiento se presente expreso, lo que implica haber alcanzado del autorizante pleno conocimiento del destino de la fotografía, por haber mediado información previa suficiente». Por último, la Sentencia de 22 de febrero de 2006, recuerda que «la falta de prueba sobre la existencia o no del consentimiento hubiera debido llevar a la Audiencia a la conclusión de que éste no concurrió, ya que el consentimiento presunto no elimina la intromisión; además, este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada concreto acto de intromisión, según se desprende de los artículos 2.2 y 8.1 LO 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho, según lo dispuesto en el artículo 1.3 LO 1/1982”.

La misma sentencia del tribunal supremo establece que “...Y, aun cuando pudiera tenerse por cierto, como hizo la Audiencia, que la misma fue informada de que el destino de las fotografías tomadas era la divulgación del Plan de Excelencia Turística de la ciudad de Santiago de Compostela, la falta de acreditación en autos de haberse informado exactamente a la demandante de los soportes y formas en que su imagen iba a ser expuesta (y recuérdese al respecto que no se procuró información escrita alguna a la fotografiada ni se suscribió con ella contrato escrito alguno) es determinante a los fines de apreciar la existencia de intromisión ilegítima.” Agregando “...Pues bien, en el caso que nos ocupa, la falta de información sobre el alcance mismo de que iba a gozar la difusión de la imagen captada atañe al núcleo esencial del derecho fundamental, en la misma línea que han sentado otras Sentencias de esta Sala, así las de 10 de octubre de 1994 y 12 de diciembre de 1995, que resuelven supuestos en que medió asenso inicial para fotografiar la imagen pero no así para su reproducción y publicación, en consonancia con las dictadas por el Tribunal Constitucional 156/2001 y 14/2003, y más concretamente, la de 24 de abril de 2000 que declara que «el consentimiento debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social», y la de 18 de julio de 1998, que señala que «no es menos indudable que el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía cuestionada», ambas citadas en la de 24 de diciembre de 2003”.

En resumen, y a la luz de lo señalado en las sentencias citadas, las recomendaciones a efectos de recabar el consentimiento para fines publicitarios serían las siguientes:

- El consentimiento debe ser expreso, y aunque se ha señalado que no debe ser necesariamente escrito, la carga de la prueba de dicho consentimiento le corresponde a quien lo recaba, por lo tanto se recomienda que sea escrito, formalizando un acuerdo en que conste el consentimiento y otros aspectos de la cesión. Si se ha encargado el servicio a una agencia o a un banco de imágenes, es imprescindible que dichos terceros declaren y acrediten que han obtenido las respectivas autorizaciones;

- La recabación no debe ser genérica, sino que tendrían que indicarse puntualmente las acciones en las cuales se va a utilizar la imagen;
- El consentimiento debe considerar no sólo la autorización para ser fotografiado o filmado, sino que necesariamente debe indicarse la finalidad publicitaria;
- Asimismo, debe indicarse expresamente todos los medios y formatos a través de cuales será difundida la imagen del titular

En conclusión, la explotación publicitaria de la imagen de una persona, requiere que ésta la haya autorizado expresamente; sin duda el medio más idóneo para hacer constar la cesión será un acuerdo que considere expresamente los alcances de la misma, cuestión que cobra aún más importancia en aquéllos casos en que hay una explotación puntual por parte de quien no es un profesional en la materia.

Utilización de la imagen de un actor o personaje de película

El actor, aun cuando sea un personaje público, debe prestar su consentimiento para la utilización de su imagen. En el caso de personajes de películas, serán las productoras las que generalmente tengan que autorizar la utilización, ya que ostentan los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos.

En cuanto a las parodias, imitar a un personaje con el objeto de publicitar un producto no es recomendable ya que puede considerarse que existe un aprovechamiento de la imagen del personaje.

Banco de imágenes

Si se decide utilizar imágenes provenientes de un banco de imágenes es recomendable dirigirse a una compañía de prestigio. Por otra parte, siempre es conveniente solicitar una declaración por escrito, señalando que las imágenes han sido adquiridas legítimamente, habiéndose obtenido los permisos de los titulares, incluso para utilizar esas imágenes con fines publicitarios.

Imágenes registradas bajo “Creative Commons”

El hecho de que las imágenes estén libres de derechos, no significa que puedan utilizarse para fines promocionales. En estos caso realmente el autor ha dado su consentimiento para que las imágenes u otra obra sean reproducidas, distribuidas o comunicadas gratuitamente y por cualquier persona, pero él sigue siendo titular de los derechos correspondientes. Por ello, la autoría siempre debiera ser reconocida, y si la imagen que se expone es la de una persona, ésta tendría que prestar su autorización.

Como las licencias Creative Commons son diferentes, será necesario examinar la licencia respectiva, y obtener las autorizaciones para aplicarla con fines publicitarios.

Imágenes de menores de edad

Aunque la ley relativa a derechos de imagen, honor e intimidad, señala que el menor puede ceder sus derechos de imagen si tiene la madurez suficiente, al ser la imagen un dato personal, no es posible utilizar la imagen de un menor de 14 años si no es con el consentimiento de los padres o tutores. Por lo tanto, será conveniente que los padres firmen una autorización cediendo los derechos de imagen respectivos, haciendo específica referencia a los medios en los que se reproducirá y comunicará.

Derechos de propiedad intelectual

Cabe recordar que siempre que quieran utilizarse fotografías o videos, debe además obtenerse el consentimiento de los autores de las fotos o videos. Los autores tendrán que ceder sus derechos de explotación, en especial los derechos de reproducción y comunicación pública.

15. Acciones de marketing en la Web 2.0.

Las acciones de marketing en la web 2.0, pueden presentar al menos dos vías para su desarrollo:

- La creación directa de espacios 2.0, tales como redes sociales, blogs, foros, etc.
- La inserción de publicidad en entornos 2.0

Creación de espacios 2.0

Se puede decir que actualmente el panorama de los entornos 2.0 es bastante amplio. Éstos ofrecen una serie de temáticas para diferentes públicos, de manera que progresivamente han logrado que los usuarios se sientan identificados. Indudablemente las acciones que incluyan la creación de este tipo de espacios permiten la segmentación y personalización de la publicidad a un nivel que permite optimizar el mensaje publicitario y lograr que éste sea más eficaz.

Los entornos 2.0 requieren de una regulación legal a través de sus términos y condiciones. Dichos términos fijan el objeto y los límites de registro y participación. En este sentido debe señalarse que en esta materia confluyen varias áreas del derecho, algunas de ellas especialmente delicadas, y por lo mismo, es necesario revisar exhaustivamente las cláusulas que regularán dichos entornos.

Condiciones Básicas

Las condiciones básicas y fundamentales a tener en consideración desde el punto de vista legal para la creación de entornos 2.0 son:

Aplicación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) a los proveedores.

La ley de servicios de la sociedad de la información (LSSI) se aplicará siempre que nos encontremos ante un prestador de servicios que se encuentre en España, entendiéndose que un “prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios”.

Lo anterior implica:

- La necesidad de identificación por parte del responsable de la red, de acuerdo con lo señalado en el artículo 10 de la LSSI, por vía de su nombre comercial, CIF, y datos del Registro Mercantil, entre otros.

- El consentimiento del usuario para la recepción de la comunicación comercial, según se estudió anteriormente.
- La necesidad de establecer unas condiciones generales del servicio y unos términos de uso del Web Site.

Aplicación de la legislación comunitaria y nacional a proveedores que se encuentren fuera del entorno europeo.

El artículo 4º la LSSI, establece:

“Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables”

A los efectos de determinar si los prestadores de servicios dirigen sus servicios específicamente al territorio español, ha de atenderse a varios elementos:

- Si disponen de la extensión de nombre de dominio .es registrada ante Nic.es u operan a través de nombres de dominio “es.redsocial.com” o “redsocial.com/es”.
- Si el sitio web se encuentra en español.
- Si tiene política de privacidad específica.
- Si el sitio web, por su apariencia y contenido, pudiera llegar a dar a entender que se dirige al territorio de España.
- Si la publicidad realizada es de productos y servicios distribuidos desde España.
- Si el número de usuarios españoles es elevado respecto a la muestra estadística.
- Si disponen de oficinas o agentes comerciales que traten datos personales en territorio nacional.
- Si para la prestación del servicio emplean servidores alojados en España.

Edad mínima para participar en redes sociales, foros y webs con formularios de registro.

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 autorizar dicha recabación. 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. Por ello es que redes sociales como Facebook, ya han establecido dicha edad mínima, y estudian mecanismos de filtro de usuarios.

La 30 Conferencia Internacional de Privacidad celebrada en Estrasburgo entre el 15 y el 17 de Octubre de 2008, hace las siguientes recomendaciones:

- 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.

Recomendaciones al crear un web site

▪ Necesidad de redacción de los Términos y Condiciones de uso del web site

Las condiciones de uso o condiciones generales del servicio deben estar expresamente establecidas debido a que este documento se convierte en la norma que regula la relación de los usuarios y los responsables del web site. Las condiciones de alta deben redactarse de forma que el usuario medio comprenda todos sus términos con facilidad, y deben ser expresamente aceptadas antes de formalizarse el registro.

Es recomendable que las condiciones del servicio sean protocolizadas ante notario con el objeto de tener una prueba documental.

▪ **Código de conducta y presencia de moderadores**

Es importante ya que puede limitar responsabilidades y da un margen de maniobra a los responsables, quienes podrán dar de baja a los infractores. Debe enfocarse al menos desde dos puntos vista:

- Prohibición de utilizar el web site con fines diferentes al objeto: recabar direcciones con fines publicitarios; alterar imágenes y textos, etc.

- Normas relativas al comportamiento de los usuarios: no utilizar lenguaje soez, comentarios denigrantes, racistas, sexistas, etc.

En aquéllos casos contemplan foros, chats, etc., es importante la presencia de un moderador activo que seleccione y filtre los contenidos.

Los titulares de web site de este tipo podrían incurrir en responsabilidad si no existe un control de lo que se publica. Si bien es cierto que un código de conducta ayuda a delimitar dichas responsabilidades, en cuanto el titular tenga conocimiento, debe retirar los contenidos cuestionados de inmediato.

▪ **Registro de usuarios y Protección de datos personales**

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 el web site tenga.

- 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.

La normativa de protección de datos (Ley orgánica 15/1999, LOPD), se hace plenamente aplicable en lo que a la recabación de datos se refiere, debiendo informarse:

- De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Además, el usuario debe tener la posibilidad de ejercer sus derechos de acceso, rectificación y oposición (derechos ARCO, regulados en el art. 24.4). Se entiende que al darse de baja del servicio, el usuario cancela sus datos personales.

▪ **Propiedad Intelectual de los contenidos**

La propiedad intelectual de los contenidos debe regularse en un doble aspecto:

- Respecto del contenido que aportan los usuarios. Lo aportado debe ser original y de su titularidad. En ningún caso debe permitir aportarse contenidos de terceros, que puedan significar infringir sus derechos (de ser así, tendrán que obtener su autorización). Los derechos que deberán ceder serán al menos los de reproducción y comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición a través de Internet.

- Respecto del contenido propio que aporta quien administra y que pertenece al espacio 2.0. En este caso debe hacerse expresa alusión a que dichos contenidos están protegidos, y que no existe autorización para reproducirlos o comunicarlos de ninguna forma, sin el expreso consentimiento del titular.

- **Derechos de imagen**

Debe constar la cláusula relativa a la cesión de derechos de imagen, para que fotografías y videos puedan ser reproducidos y comunicados por internet. Asimismo, no debe permitirse la inserción de imágenes de menores de edad, si no es con el consentimiento de sus padres o tutores.

Al ser la imagen un dato personal, darse de baja en la red implica que todo el material que contenga imágenes personales deba ser retirado.

Publicidad en entornos 2.0

Frente a la regulación tradicional de la publicidad, el concepto web 2.0 aporta un grado de personalización cada vez más sofisticado. Las estrategias y herramientas de CRM (Customer Relationship Management) permiten generar perfiles a los cuales orientar los contenidos publicitarios ya segmentados.

A los sistemas más comunes de publicidad (Cost per Click (CPC); Cost per Thousand (CPM); compra de espacios fijos, y a los distintos formatos publicitarios (notificaciones automáticas; Social Advertising; Viral Ad; Targeted Advertising, etc.) se unen cada día interesantes novedades para el mundo publicitario que se caracterizan por la mayor interacción y participación directa del consumidor a través de comentarios o foros. Es el caso de Youtube, que ofrece a los anunciantes atractivos programas de marketing, por ejemplo a través de la incorporación de un anuncio en la página principal del anunciante; de anuncios integrados en los vídeos que permiten llegar al usuario de una forma no invasiva, o anuncios de vídeo en páginas de búsqueda que permiten a los usuarios acceder a los vídeos sobre una marca en entornos relevantes.

No obstante, y pese a lo novedoso que puede resultar el medio a efectos de insertar publicidad, ésta debe cumplir plenamente con la normativa aplicable, especialmente La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Por lo tanto, sea cual sea el formato publicitario, y aún ante la ausencia de una ley específica que regule el tema, siempre se debe acudir a las normas que actualmente regulan la publicidad. En todo caso, el legislador y las autoridades competentes se han ido adaptando a veces con menos rapidez de la necesaria, a las nuevas modalidades publicitarias.

Así por ejemplo, según un Informe de la Agencia Española 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.”

“Asimismo 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.”

Otras consideraciones legales

La inclusión de marcas de terceros

Como ya se señaló en el capítulo 10 relativo a la propiedad industrial, el titular de una marca tiene un derecho exclusivo sobre la misma que le da derecho a impedir que un tercero proceda a su utilización si no es con el consentimiento respectivo. En este sentido, debe advertirse que por utilización de la marca no sólo se debe entender un uso evidente, sino que cualquiera que implique además el aprovechamiento del renombre y reputación ajena.

Ejemplo de lo anterior sería el caso de insertar la marca comercial de un tercero como palabra clave dentro del sistema de google adwords con el objeto de dirigir los resultados de búsqueda de sus potenciales clientes al sitio web cuyo titular ha cometido la infracción.

Así también, la utilización de metanames, consistente en este caso en introducir marcas de terceros en el código fuente de un web site, para obtener resultados preferentes en los resultados de búsquedas de potenciales clientes, no estaría recomendado, especialmente si afecta la función de identificar el origen de los productos.

Publicidad editorial. “Contextual Commerce”

Este es el caso en el que se celebra un acuerdo de patrocinio entre el anunciante y un web site o canal de un web cuyo público es afín a dicho anunciante. En virtud del acuerdo, el

patrocinador suministra contenidos de interés para los usuarios de esas páginas; la marca en cuestión es más o menos evidente.

Indudablemente 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 esta situación es similar a aquella que se da en grandes medios de comunicación off-line, cuando los contenidos “publicitarios” de las filiales del grupo son presentados como información.

Este tipo de publicidad todavía no está lo suficientemente regulada aunque distintos códigos de conducta, como el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (“Confianza Online”) aluden a él como una práctica a evitar.

Publicidad en foros y blogs. “Foro marketing”: Pagar a terceros por prescribir productos y servicios

En un principio y sin entrar en valoraciones legales, se estaría ante un uso perverso del medio, además de que este tipo de publicidad puede volverse incluso contra la propia marca.

Desde el punto de vista legal y dependiendo de cómo se desarrolla el foro, bien podría tratarse de publicidad engañosa, y por lo tanto desleal.

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 tales, 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”.

Madrid. 2012

COPYRIGHT Riestra Abogados 2012

Marketing Legal

Calle Génova, nº 7 – 3º izq.
28004 Madrid
T. 91 102 28 88 // F. 91 102 28 93
www.riestra-abogados.com

Elaborado por:

Eduardo Riestra Herrera

Alejandro García del Valle Méndez

Elizabeth Troncoso Alvarez