



“ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONCEPTO JURÍDICO DE PUBLICIDAD EN INTERNET”¹

M^a DEL ROSARIO FERNANDO MAGARZO.

e-legal consulting manager

FAQTORIA New Media

I. INTRODUCCIÓN.

La aparición y consolidación de Internet como nuevo escenario para la práctica de actividades negociales y transacciones comerciales no ha pasado desapercibido para el mundo de la publicidad que ha sabido ver en él un nuevo medio, singularmente ventajoso, para el desarrollo de actividades destinadas a promover la contratación de bienes y servicios, dentro y fuera de la Red. Los nuevos formatos no convencionales, la interactividad, la inmediatez y personalización del mensaje, la capacidad de segmentación de la audiencia, y el control estadístico real de resultados de campaña, entre otras posibilidades, han hecho que la Red se configure como un atractivo medio publicitario alternativo para el anunciante, con un índice de respuesta superior al de otros medios

¹ Artículo publicado en el volumen “XV Encuentros sobre Informática y Derecho”, coord. Miguel Angel Davara, Ed. Aranzadi, pp.427-444.



tradicionales – según un estudio de I/Pro CyberAtlas la respuesta en Internet se sitúa en un 2.11% frente a un 1.5% en Marketing Directo, un 1% en TV y alrededor del 0.5% en exterior, radio y medios impresos-. Todo ello explica que, según estimaciones de la Asociación de Agencias de Marketing Directo e Interactivo (AGEMDI), pese a la tardía implantación de Internet en España –con respecto a países como EE.UU o Inglaterra- el marketing y la publicidad a través de Internet hayan llegado a mover en España a lo largo de 1999 una cifra de 11.200 millones de pesetas.

Desde una vertiente más negativa se advierte que el desarrollo de este nuevo medio publicitario ha traído consigo la aparición de una nueva y variada problemática derivada de su uso abusivo o ilícito. Así, aunque puede decirse que, en general, se han trasladado a este nuevo escenario conductas ilícitas habitualmente registradas en otros medios publicitarios -como puedan ser la publicidad desleal o la publicidad engañosa- lo cierto es que las particulares características de la Red hacen que estas figuras tradicionales se manifiesten con una nueva faz, originándose supuestos de hecho que no se plantean en los restantes medios de difusión publicitaria. Se hace necesario, por tanto, que la regulación tradicional en este campo sea adaptada para tutelar derechos de usuarios -particularmente consumidores y competidores- que de otro modo quedarían desamparados conforme al derecho publicitario vigente. Para ello será necesario, en primer lugar, determinar qué actividades llevadas a cabo dentro de la Red entran dentro de la que llamaremos “publicidad en Internet”, y cuáles



quedan fuera de este concepto. Esta categorización conceptual es importante por cuanto la consideración de una actividad como constitutiva de publicidad en Internet, hará que la misma quede sujeta al correspondiente régimen jurídico. Por contra, si atendiendo a sus características concluimos que una actividad no constituye publicidad en Internet no le será de aplicación la normativa reguladora de la publicidad en Internet.

Pues bien, esta será la finalidad que la presente comunicación persiga: delimitar, en la medida de lo posible, y a la luz de la normativa, legislativa y de autorregulación, vigente y en proyecto, qué debemos entender por publicidad en Internet. Para ello, previamente, definiremos someramente qué es Internet desde la perspectiva de la publicidad para pasar a continuación a estudiar el concepto de publicidad en Internet desde una triple visión: en primer lugar, se revisará el concepto de publicidad recogido en la vigente Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988, así como en la Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa –esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 97/55/CE a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa, pero no ha afectado a la definición de publicidad que ahora nos interesa-; a continuación, nos detendremos en el concepto de comunicaciones comerciales a que se refieren la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico –Propuesta de Directiva cuya Posición Común ha sido aprobada sin enmiendas por el Parlamento el 3 de mayo de 2000- y el



Anteproyecto de Ley español sobre comercio electrónico –hecho público por el Ministerio de Fomento el 16 de marzo de 2000-; y por último, dada la relevancia de las políticas de autorregulación en el marco de la actividad publicitaria *on line*, estudiaremos algunas de las definiciones dadas desde los diversos Códigos de autorregulación vigentes.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE INTERNET COMO MEDIO PUBLICITARIO.

Si bien son numerosas las definiciones dadas por normas y doctrina sobre Internet en general, e incluso aquellas referidas a Internet considerada en su dimensión comercial, más difícil resulta encontrar una definición de Internet referida a su dimensión publicitaria en particular. Ni la Propuesta modificada de Directiva sobre comercio electrónico, ni los diferentes Códigos de autorregulación sobre publicidad en Internet definen el término en este contexto publicitario. Sólo los Principios Generales sobre publicidad y marketing en Internet de 2 de abril de 1998 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) definen a sus efectos Internet como *"the public network of computer networks which enables the transmission of information between users, or between users and a place on the network, as well as to all the interactive media and electronic networks such as the World Wide Web and on line services"*.



Es esta una definición orientadora muy amplia que engloba todos los servicios y aplicaciones de Internet conocidos hasta la fecha y, consecuentemente, permite abarcar todas las modalidades publicitarias que tienen como soporte directo o indirecto esta Red -modalidades que serán objeto de estudio más adelante- pero no resuelve bs principales problemas asociados a la delimitación de Internet desde el punto de vista de la publicidad.

En primer lugar, debemos señalar que hay unanimidad en la doctrina en considerar que, dentro del proceso de comunicación comercial, Internet se ajusta a las características de medio de comunicación o medio de difusión. En este mismo sentido, el Código Ético sobre Publicidad en Internet de la Asociación Autocontrol de la Publicidad (AAP) -aprobado por su Asamblea General de 14 de abril de 1999-, se refiere a Internet en su Exposición de Motivos calificándola en distintas ocasiones como “*soporte o medio publicitario específico*”, y como “*medio de difusión*”. De manera similar, los ya citados, Principios Generales sobre Publicidad y Marketing en Internet de la CCI se refieren a Internet como “*new media*”, y como “*interactive media*”. La dificultad radicará en determinar de qué tipo de medio distinto y específico se trata desde una perspectiva publicitaria.

De entre las características que ya hemos enumerado, cuatro son las que principalmente diferencian este medio de los medios publicitarios que le precedieron y nos permiten hablar de un medio distinto. De un lado, se trata de un medio que según su modalidad de uso puede actuar como medio de comunicación de masas -así sucedería, por ejemplo, con los *banners* o faldones publicitarios



insertados en páginas *Web*-, o como medio interpersonal –sería el supuesto por ejemplo, del uso del correo electrónico-. En segundo lugar, las peculiaridades técnicas de Internet permiten que las comunicaciones comerciales adopten formatos muy diversos –así correo electrónico, *banners*, publicidad televisiva vía Internet,etc.-, y en este sentido, se califica la Red como "medio multiforme". En tercer lugar se trata de un medio tanto *push* –que permite enviar comunicaciones no solicitadas dirigidas al público- como *pull*, es decir, un medio en que los usuarios pueden decidir qué información desean recibir y la solicitan; y a la vez, se les pueden enviar mensajes no solicitados. Por último, se trata de un medio interactivo, y como tal, susceptible de entablar un diálogo con el usuario y de ofrecerle mensajes publicitarios personalizados.

Ese rasgo multiforme al que nos hemos referido hace que algún autor llegue a manifestar que Internet "*no es un sólo medio, sino varios*", y que "*su naturaleza dependerá del servicio de la Red que se emplee para efectuar la comunicación comercial*"². Deberíamos distinguir así Internet-radio, Internet-video o Internet-teléfono. Pero en nuestra opinión, los distintos formatos o las diversas técnicas –gráficas o procedimientos audiovisuales- que puede presentar la publicidad en Internet no obstan para que Internet deba ser considerado un único medio publicitario o medio de difusión en su conjunto, ya que todos estos posibles formatos se insertan en un peculiar sistema común de transmisión de

² Vid. GONZÁLEZ, E, "Internet, el medio de las mil caras (Breves reflexiones acerca de las normas sobre publicidad aplicables a Internet)", *Revista Asociación Autocontrol de la Publicidad*, núm. 33, julio-agosto 1999, pág. 17.



informaciones: la Red, semejante interpretación se deduce del tratamiento dado a Internet en las normas que a continuación estudiaremos. A efectos de nuestro estudio esto implica que nos referiremos a un único concepto de publicidad Internet, concepto en el que habrán de tener cabida los distintos formatos que pueden vestir las actividades publicitarias *on line*. Esta postura teórica sobre el concepto de Internet con relación a la publicidad no es obstáculo para entender que la regulación publicitaria de Internet debe tener en cuenta separadamente, en determinados supuestos, cada uno de los servicios que la Red puede prestar, atendiendo a sus peculiaridades.

III. CONCEPTO DE PUBLICIDAD Y COMUNICACIONES COMERCIALES EN INTERNET.

La publicidad aparece ya definida en la Directiva 84/450, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Así, su artículo 2.2 considera como tal:

“Toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”.



De forma similar el artículo 2 de la Ley General de Publicidad entiende por publicidad:

“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

La amplitud con que las definiciones aparecen formuladas, y la no alusión a medios de difusión concretos, permiten entender comprendidas dentro del concepto nacional y comunitario de publicidad todas aquellas actividades de comunicación llevadas a cabo dentro de la Red, que cumplan con las características enunciadas en cuanto a la persona que ha de llevar a cabo tales actividades y la finalidad perseguida por las mismas; y, consiguientemente, a tales actividades publicitarias *on line* les son de aplicación las dos normas citadas: la Ley General de Publicidad y la Directiva sobre publicidad engañosa.

Es más, de forma extensiva podemos señalar que, en general, a la publicidad en Internet le serán de aplicación tanto la normativa general vigente en materia de publicidad, como la legislación publicitaria específica sobre productos, en su caso.

Tal interpretación es pacíficamente aceptada por la doctrina española³, y, a falta de jurisprudencia en la materia -hasta la fecha- podemos reseñar que así lo

³ Vid. POLANCO-MARZO & ASOCIADOS, “La publicidad en Internet”, *Revista Asociación Autocontrol de la Publicidad*, núm. 33, julio-agosto 1999, pág.23; RAMOS SUAREZ, FERNANDO, “Problemas Jurídicos del comercio electrónico”, *Derecho.org*, sección doctrinal, disponible en <http://es.derecho.org/doctrinal/ramos2>; RIBAS ALEJANDRO, JAVIER, “Marketing y publicidad en Internet”, *Revista Asociación Autocontrol de la Publicidad*, núm.28, febrero 1999, pág.22.



ha entendido también el Jurado de Autocontrol de la Publicidad cuando, en la Resolución que por vez primera le enfrenta a un supuesto de ilicitud de una publicidad difundida a través de Internet –Resolución Publipunto, S.L. de 20 de octubre de 1999-, opta por aplicar una norma específica sobre publicidad de productos con pretendida finalidad sanitaria, como es el R.D. 1907/1996, así como el Código general de conducta AAP, conjuntamente con el Código sectorial de publicidad en Internet de esta misma asociación.¹

1. Análisis general del concepto de comunicaciones comerciales recogido en la Directiva sobre comercio electrónico.

La propuesta de Directiva no recoge el término publicidad como tal, sino que recurre al término alternativo “comunicaciones comerciales”. Este término aparece citado por vez primera en la legislación comunitaria, en el artículo 2.2 de la Directiva 98/43/CEE sobre publicidad y patrocinio de los productos del tabaco, cuando define a sus efectos la “publicidad” como:

*“Cualquier tipo de **comunicación comercial** cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco...”.*

Tanto en este supuesto como en la propuesta de Directiva sobre comercio electrónico, que estamos analizando, el término “comunicaciones comerciales” se utiliza como sinónimo del término “publicidad”. En todo caso no parece muy justificado que la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico haya dejado a



un lado el término “publicidad”, que es el que hasta la fecha se ha manejado en la legislación comunitaria, para dar paso a un término distinto cuyo contenido no parece diferir en lo esencial del anterior.

El artículo 2 e) de la Propuesta modificada de Directiva sobre comercio electrónico nos brinda una definición de lo que debemos entender por “comunicaciones comerciales” en relación con el comercio electrónico, señalando como tales:

"Todas las formas de comunicación destinadas a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesión liberal".

A continuación, ahondando en esa función delimitadora, y en aras de una mayor seguridad jurídica, la propia Propuesta modificada de Directiva aclara qué no se considerarán “comunicaciones comerciales”:

"...- los datos que permitan acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y, concretamente, el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico;

-las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o persona, elaboradas de forma independiente de ella y, en particular, sin contrapartida económica..."

A) Aspectos generales de la definición de comunicaciones comerciales.



Hemos de señalar, en primer lugar, que se trata de un concepto amplísimo "*Todas las formas de comunicación*", y que abarca, a priori, todo tipo de comunicaciones que puedan ser llevadas a cabo *on line*, con independencia del formato que los mensajes revistan -gráfico, audio, audiovisual-, y de su soporte - Internet-audio, Internet-video, Internet-telefónico...-. Además la generalidad del precepto implicaría que, en principio, podamos considerar supuestos de comunicación comercial tanto actividades propias de la publicidad entendida en sentido estricto—como pueda ser un banner o faldón publicitario insertado en un página Web-, como actividades más características de lo que se ha venido calificando como “marketing directo” –tal sería el caso de un e-mail remitido a una dirección particular de correo electrónico. Además, como más adelante explicaremos, podemos considerar comprendidos en este concepto también los supuestos de patrocinio, y, aunque resulte más discutible, determinadas actividades tradicionalmente calificadas como “publicidad corporativa”.

En segundo lugar, se exige que la comunicación se destine “a *promocionar...*”. Este es el rasgo fundamental y distintivo de la publicidad, reconocido por la generalidad de la doctrina, y recogido en toda definición legal sobre publicidad: que la comunicación tenga como fin la promoción de bienes o servicios, es decir, que persiga alentar su consumo o contratación. Se excluyen por tanto del concepto de comunicaciones comerciales aquellos mensajes



presentes en la Red cuya finalidad sea meramente informativa⁴. Asimismo, conviene señalar que, de conformidad con esta parte de la definición, quedarían fuera del concepto comunicaciones comerciales, en primer lugar, la denominada “publicidad institucional” destinada a fomentar determinadas conductas en la población -así, por ejemplo, aquellas campañas que desde la Red pretendiesen favorecer la donación de órganos-. En segundo lugar, puede considerarse excluida la propaganda política y religiosa insertada en Internet, por cuanto su finalidad no es promover la contratación de bienes o servicios sino que persigue la adhesión a una determinada ideología política o a determinada creencia religiosa.

La definición de comunicaciones comerciales habla de “*promocionar, directa o indirectamente...*”. Se ha manifestado que esta referencia expresa a la promoción indirecta busca impedir los casos en que se intenta evitar la prohibición de publicitar determinados productos o servicios –tabaco o alcohol- mediante la llamada publicidad indirecta.

Por otro lado, la Propuesta de Directiva delimita de modo muy amplio cuál puede ser el objeto de esa promoción, y se refiere expresamente a “*bienes, servicios o la imagen...*”. Observamos que, a diferencia de la Directiva relativa a publicidad engañosa, y de la propia Ley General de Publicidad, la definición de comunicación comercial dada por la propuesta de Directiva sobre comercio electrónico va a considerar también expresamente como tal comunicación aquella

⁴ Debemos apuntar que, como sucede en otros medios, también en Internet resulta difícil, en ocasiones, distinguir si un determinado contenido tiene carácter publicitario, o si por el contrario se trata de una información objetiva. En relación con este problema *vid.* W.S.CHAN PAMELA, “Consumer Rights and E-Commerce”, *I-WAYS*, third quarter 1999, pág.22.



que persigue, no ya la contratación de bienes o servicios, sino la mera promoción de la **imagen** de una empresa. En nuestra opinión, la voluntad del legislador es dar cabida específicamente en el concepto de comunicaciones comerciales a aquellas actividades de promoción que, si bien en primera instancia pretenden promocionar la imagen –entendemos que también la marca o nombre comercial- de una empresa sin incitar directamente al consumo o contratación de concretos bienes o servicios prestados por dicha empresa, suponen de forma indirecta una auténtica promoción de sus bienes y servicios. Así entendido, podría quedar comprendida dentro de este concepto de comunicaciones comerciales la llamada “publicidad corporativa”, habitualmente excluida por la doctrina de la noción legal de publicidad.

Desde otra perspectiva puede decirse que esta definición –que incluye la promoción, directa o indirecta, de la imagen del anunciante- engloba no sólo un concepto restringido y literal de publicidad, recogido, entre otras, en la normativa ya citada; sino además, la noción de patrocinio, en el mismo sentido en que se recoge en la Directiva del Consejo de 3 de octubre de 1989 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. En efecto, el artículo 1e) de esta Directiva define el patrocinio como:

“Cualquier contribución realizada por una empresa pública o privada no vinculada a las actividades de radiodifusión televisiva o la producción de obras televisivas, a la financiación de programas televisados con la finalidad de



promover su nombre, su marca, su imagen, sus actividades o sus realizaciones”.

Y en la Directiva 98/43/CEE sobre publicidad y patrocinio de los productos del tabaco, que en su artículo 2.3 califica como patrocinio:

*“Cualquier contribución, pública o privada, a un acontecimiento o actividad cuyo objetivo o **efecto directo o indirecto sea la promoción** de un producto del tabaco”.*

Aunque, en opinión del profesor LEMA DEVESA, no sería necesario distinguir entre los conceptos de publicidad y patrocinio, ya que una correcta interpretación del primero incluiría en su tenor la noción de patrocinio que no es sino una subclase de publicidad; sea como fuere, lo cierto es que la definición de comunicaciones comerciales que estamos estudiando parece querer incluir esta modalidad publicitaria -el patrocinio- en su concepto, y esto supondrá en todo caso un incremento en la protección del consumidor, objetivo que es uno de los fines perseguidos por la norma comunitaria propuesta.

En cuanto al concepto de “anunciantes” el artículo 2 e) de la propuesta de Directiva lo concibe ampliamente en una enumeración que parece querer agotar todos los posibles entes anunciantes: *“...empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal, o de profesión liberal”*. A la vista de la definición parecen quedar fuera del concepto de comunicaciones comerciales en Internet, y por tanto de su regulación, aquellas comunicaciones insertadas en la Red por un particular con la finalidad de promover la venta de un bien propio, es



decir, atraer compradores. Este tipo de mensajes de compraventa entre particulares que puedan estar presentes en Internet quedarían sujetos, en nuestro caso, a lo previsto por el Código Civil español.

Lo que no se exige en la letra de la Directiva es que la comunicación comercial esté dirigida a una pluralidad de personas para poder ser considerada como tal. No hay una exigencia de destinatario colectivo de la información. Esta interpretación, discutida por la doctrina respecto a otras normas tales como la Ley General de Publicidad o la Directiva relativa a Publicidad Engañosa, resulta de especial interés al referirnos a la publicidad en Internet. En efecto, existe una modalidad publicitaria muy difundida en la Red, como es la publicidad remitida vía correo electrónico. Pues bien, si entendiésemos, como propugna algún autor, que en puridad sólo podemos hablar de publicidad cuando la comunicación publicitaria se dirige a una pluralidad de personas -exigencia de colectividad-; los mensajes publicitarios remitidos a particulares, vía correo electrónico, y habitualmente personalizados -individualizados de acuerdo con el perfil del potencial comprador- no tendrían el carácter de comunicaciones comerciales y escaparían al ámbito de aplicación de esta propuesta de Directiva. Sin embargo, nosotros consideramos que, dado que la norma no lo exige expresamente, la existencia de un destinatario colectivo del mensaje no constituye un requisito de las comunicaciones comerciales, y por tanto, estas quedarán sujetas al régimen legal previsto en la presente propuesta de Directiva con independencia de que gocen de un destinatario individual o colectivo. Así sucederá, por ejemplo, con los mensajes



publicitarios remitidos a particulares mediante correo electrónico, a los que la propuesta de Directiva se refiere expresamente en su artículo 7.

La segunda parte de la definición de comunicaciones comerciales de la propuesta de Directiva excluye dos supuestos que para el legislador comunitario no deben ser considerados como tales comunicaciones comerciales y que pasamos a analizar separadamente.

B) Exclusión de los nombres de dominio y las direcciones de correo electrónico.

En primer lugar quedan excluidos los denominados “nombres de dominio”, direcciones de correo electrónico que, como la propia norma indica, permiten acceder directamente a las páginas *Web* correspondientes a determinada empresa, organización o persona. Estos nombres de dominio desempeñan una doble función, de una lado, una función directa de localización de ordenadores en la Red, y de otra, una función indirecta de identificación, ya sea, de la propia empresa, o de sus productos o servicios en la Red. En principio, la promoción de bienes y servicios no constituye un fin perseguido por los nombres de dominio, en este sentido, tiene razón de ser la exclusión hecha por la propuesta de Directiva, exclusión que podría considerarse incluso innecesaria, pero que en nuestra opinión puede no serlo.



En numerosas ocasiones el nombre de dominio correspondiente a una empresa se identifica con su nombre comercial, y más habitualmente con la marca bajo la cual comercializa sus productos o servicios. En estos supuestos, podría hablarse de una “función publicitaria de los nombres de dominio”, de igual modo que la doctrina se refiere en general a la “función publicitaria de los signos distintivos” y en particular, a la “función publicitaria de la marca”⁵. Así, adaptando los argumentos dados por la doctrina en estos supuestos, podríamos considerar que, indirectamente, a través de un nombre de dominio coincidente con una marca u otro signo distintivo se está promoviendo y fomentando la contratación de productos y servicios diferenciados. Desde esta interpretación extensiva, la mayoría de nombres de dominio podrían, en cuanto son idénticos a marcas u otros signos distintivos, ser considerados comunicaciones comerciales, desde el momento en que dejan de ser mero vehículo para acceder a la página *Web* de una empresa, para convertirse, a la vez, en reclamos publicitarios. Pero podríamos incluso ir más allá y considerar los nombres de dominio signos distintivos en si mismos⁶ (con independencia de que coincidan o no con una marca o signo distintivo previo), y como tales, susceptibles de desempeñar una función

⁵ Vid. GOMEZ SEGADE, JOSE A., “Protección constitucional de la marca y de las denominaciones de origen”, *Actas de Derecho Industrial (ADI)*, núm.7, 1981, págs. 312-313; AREÁN LALÍN, MANUEL, “En torno a la función publicitaria de la marca”, *Actas de Derecho Industrial, (ADI)*, núm.8, 1982, págs. 555 y ss.

⁶ MASSAGUER se refiere los nombre de dominio calificándolos como “signos distintivos atípicos” y reconoce que “en atención al contenido de los recursos Internet que identifican, pueden participar de la naturaleza de los nombres comerciales o incluso de los rótulos de establecimiento”. Vid. MASSAGER, J., “Conflictos de marcas en Internet”, *Revista General de Derecho (RGD)*, núm.648, 1998, págs.11.111 y ss. De modo similar MAHER entiende que un nombre de dominio no es una mera dirección tal y como esta se define habitualmente, sino que es más bien una marca que identifica a una persona particular u organización en Internet. MAHER, D. W., “Trademark law on the internet”, *Journal of Computer & Information Law*, Vol.XVI, 1997, pág.6.



publicitaria, ya que desde el momento en que identifican y distinguen a una empresa, o sus productos o servicios, en el mercado virtual, indirectamente, tal asociación está promoviendo y fomentando la imagen de la empresa, y, más indirectamente si se quiere, la contratación de dichos productos o servicios; y esta es, como ya se ha dicho, la función primordial de la publicidad. Si así fuese, la exclusión planteada por la propuesta de Directiva no resulta banal. El legislador europeo habría optado por excluir los nombres de dominio del concepto de comunicaciones comerciales -aun cuando en determinados supuestos los nombres de dominio pudieran cumplir con los caracteres generales de esa definición, y pudieran ser considerados, por tanto, comunicaciones comerciales- por entender que tal función publicitaria no es la función propia e inherente a los nombres de dominio, sino sólo una función indirecta de los mismos.

Es más, habitualmente la constancia de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico no tiene un efecto de mera cita, sino que constituye un hipervínculo que nos permite, si pinchamos con el ratón encima, acceder directamente a la página *Web* comercial identificada por ese nombre de dominio o dirección electrónica.

Probablemente a ojos del legislador resultaría excesivo considerar en todo caso la mera cita de un nombre de dominio o un hipervínculo “comunicación comercial”, pero lo cierto es que, en determinados supuestos, la mención de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico o el hipervínculo hacia una *Web* de comunicación comercial puede constituir una auténtica



comunicación comercial en aquellos casos en que estemos ante un supuesto de patrocinio o *branding*, es decir, en aquellos casos en que haya habido contrapartida económica (por ejemplo, contribución a la financiación de esa página), o de cualquier otro tipo por parte de la empresa titular del nombre de dominio. Sin embargo, de acuerdo con la exclusión expresa hecha por la Directiva en términos tan amplios, podría interpretarse que tal reseña o hipervínculo patrocinado del nombre de dominio no constituiría “comunicación comercial”. Sería deseable que la versión definitiva que se apruebe de la Directiva contemple esta salvedad.

Se plantea además otro problema añadido en relación con los nombres de dominio. En los últimos años, y como consecuencia de la falta de regulación de Internet, se ha generalizado una conducta ilícita calificada como “piratería de nombres de dominio”, consistente en que una marca, frecuentemente “marca renombrada”, perteneciente a una empresa, es registrada como nombre de dominio propio por una tercera empresa o particular con la finalidad de aprovecharse de la buena reputación de aquella⁷. Así, el usuario de Internet puede encontrar en la Red páginas *Web* identificadas con nombres de dominio idénticos a marcas conocidas, que no pertenecen al legítimo titular de esa marca sino a otro empresario que frecuentemente le oferta desde esa página sus propios productos

⁷ Con relación a este conflicto entre marcas y nombres de dominio en Internet *vid.* GARCÍA VIDAL, ANGEL, en “La lesión de una marca mediante un nombre de dominio”, *Revista Asociación Autocontrol de la publicidad*, núm.38, enero 2000; y del mismo autor: “Marcas y nombres de dominio en Internet”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, tomo XVIII,1997, págs.189 y ss. *Vid.* así mismo CARBAJO CASCÓN, FERNANDO, *Conflictos entre Signos Distintivos y Nombres de Dominio en Internet*, Ed.Aranzadi, Navarra, 1999.



o servicios. En nuestra opinión, parece evidente que tales conductas, además de constituir claros supuestos de competencia desleal, son susceptibles de inducir a error al consumidor que accede a esa página Web identificando el nombre de dominio con los productos y servicios de una marca que no pertenece a la empresa que realmente está ofertándole productos y servicios en esa página; todo ello con independencia de que el titular de la página Web se identifique debidamente y con todos sus datos en la propia página, porque el engaño ya se ha producido con anterioridad. Nos encontraríamos así ante un supuesto susceptible de ser calificado como publicidad engañosa. Así mismo, estos supuestos de publicidad engañosa pueden plantearse en otros casos de conflicto entre marcas y nombres de dominio, aun cuando no constituyendo específicamente supuestos de “piratería de nombres de dominio”, uno de sus resultados sea inducir a error sobre los productos o servicios o sobre su procedencia. Sin embargo, desde el momento en que los nombres de dominio no son considerados por la propuesta de Directiva “comunicaciones comerciales”, estas conductas, lesivas de la seguridad del tráfico comercial en la Red, no pueden ser calificadas como “comunicaciones comerciales engañosas” y quedan fuera del ámbito de aplicación de la misma. Consumidores y competidores quedan en este punto desprotegidos por la propuesta de Directiva de comercio electrónico y deberán acudir a otras normas para ver tutelados sus derechos. También desde esta perspectiva, la exclusión general realizada por la Directiva parece, cuanto menos, cuestionable.



C) Exclusión de “las comunicaciones relativas a los bienes, servicios, o a la imagen de dicha empresa, organización o persona, elaboradas de forma independiente de ella y, en particular, sin contrapartida económica” del concepto de comunicaciones comerciales recogido en la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico.

En principio, parece innecesario que el legislador comunitario realice esta exclusión expresa, por cuanto las comunicaciones independientes, como tales, no persiguen la promoción directa de la imagen de una empresa, ni de sus bienes o servicios; y, por tanto, de conformidad con el tenor del enunciado general del precepto no serían susceptibles de ser consideradas “comunicaciones comerciales”. Sin embargo, una interpretación extensiva de la norma podría llevarnos a entender que también las comunicaciones independientes corren el riesgo de ser, en cierta manera, una forma de promoción indirecta de la empresa. Para poner coto a tales interpretaciones erróneas, el legislador opta por excluirlas expresamente. Efectivamente, no sería acertado hacer responder al empresario de la certeza de las afirmaciones sobre su empresa, bienes o servicios, si tales afirmaciones han sido hechas por un tercero, independientemente de él. En este contexto, el factor distintivo es la independencia del empresario respecto a las comunicaciones hechas por un tercero. Y muy frecuentemente, como reconoce la propuesta de Directiva, el dato decisivo para reconocer tal independencia es la



ausencia de contrapartida económica; o dicho más acertadamente, dejará de darse tal independencia cuando exista contrapartida económica.

Sin embargo, esta exclusión no está amparando en ningún caso los supuestos ilícitos de publicidad encubierta, es decir, aquellos supuestos en que bajo la apariencia de comunicación independiente e información objetiva, se esconde una auténtica publicidad que, como afirma LEMA DEVESA, “*no es reconocida como tal por el público de los consumidores, sino que se enmascara bajo el ropaje de una noticia, de una entrevista, de un programa de entretenimiento, etc.*”⁸.

2. El concepto de comunicaciones comerciales en Internet en el Anteproyecto de Ley español sobre comercio electrónico.

El anteproyecto de Ley elaborado por el Ministerio de Fomento, y hecho público el 16 de marzo de 2000 –que se encuentra disponible en http://sgc.mfom.es/sgcinfo/articulos/ante_c_elec_16_03.htm.- define, en el apartado e) de su anexo, la comunicación comercial como:

“Toda forma de comunicación dirigida a proporcionar a terceros, directa o indirectamente, los bienes, los servicios o la imagen de una empresa, organización o persona que preste una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”.

Añadiendo en su párrafo segundo que:

⁸Vid. LEMA DEVESA, CARLOS, “La Publicidad Indirecta”, *Actas de Derecho Industrial (ADI)*, tomo XIX, 1998, pág.75.



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

Con relación a este concepto hemos de señalar en primer lugar, que se ha optado por una terminología ajena a la tradición española, sustituyendo el término publicidad por el de comunicación comercial introducido por el legislador comunitario. En segundo lugar, salta a la vista que tal definición constituye probablemente un error que equivoca por completo el sentido dado al término por la Directiva. La finalidad de las comunicaciones comerciales de conformidad con la definición comunitaria sería la “promoción” de los bienes, servicios o imagen de una empresa, y no, “proporcionar” esos bienes o servicios. Tal alteración priva de sentido tanto las exclusiones contenidas en su párrafo segundo como la regulación que de tales comunicaciones comerciales se hace en el capítulo I del título III de este anteproyecto, que sí han sido tomadas del proyecto de directiva con su sentido originario.

Confiamos que el legislador enmiende esta terrible errata, y opte, como intuimos que es su intención , por realizar una transposición casi literal de la definición de la Directiva.



3. El concepto de Publicidad en Internet desde la perspectiva de la autorregulación.

También dentro del campo de la autorregulación encontramos algunas definiciones de lo que a sus efectos entienden por publicidad en Internet.

Así, en el ámbito internacional, los Principios Generales sobre publicidad y marketing en Internet, elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), no recogen una definición de publicidad en Internet como tal, pero sí nos brindan algunas pistas del alcance del concepto. En primer lugar, cuando al señalar su ámbito de aplicación indica que el Código será de aplicación *“to all marketing and advertise activities on the Internet for the promotion of any form of goods or services”*; y en segundo lugar, cuando define el término *“content”* como *“all forms of advertising and marketing information and covers text, pictures, animation, video and audio, and may also include software”*. Nos encontramos de nuevo ante un concepto amplísimo que pretende dar cabida a cualesquiera prácticas que puedan llevarse a cabo en la Red con la finalidad de promocionar productos o servicios. Conviene resaltar en los enunciados señalados dos aspectos. De un lado, el hecho de que se cite expresamente el marketing –modalidad que puede entenderse comprendida en un concepto amplio de publicidad- con la finalidad de evitar interpretaciones restrictivas del concepto y por ende del ámbito de aplicación del Código; y por otro lado, la consideración de publicidad con independencia de la forma que la misma revista. El listado de posibles formas de



presentación de la publicidad –texto, ilustraciones, animación, video y audio- se cierra con la expresión “*and may also include software*”, sin duda con la finalidad de agotar todos los posibles supuestos de forma de presentación de comunicaciones publicitarias, incluyendo aquellos programas de software que sirven, o pueden servir en un futuro, de un modo u otro, a tal función publicitaria.

Descendiendo al ámbito nacional, el Código Ético sobre Publicidad en Internet elaborado por la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP) define la publicidad como:

“Toda forma de comunicación pública realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

Como puede observarse, aunque esta definición sigue parcialmente el tenor literal de la definición de publicidad recogida en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad –al que ya nos hemos referido-, presenta dos novedades singulares cuya finalidad no es tanto adecuar la noción de publicidad la nuevo medio Internet como corregir el enunciado del citado precepto legal. Así, en primer lugar, se hace constar la posibilidad de que la actividad publicitaria proceda tanto de una persona física como jurídica; y en segundo lugar, se sustituye la expresión “*promover el suministro de bienes o la prestación de servicios*” de la Ley General de Publicidad, por la más acertada “*con el fin de promover...la contratación de bienes o servicios*”. En todo caso las citadas correcciones del concepto no aportan luz



alguna a la cuestión particular de qué concretas actividades comunicativas, susceptibles de ser llevadas a cabo en la Red, constituyen publicidad a los efectos de este Código. Debemos acudir al resto del texto para conocerlas. Concretamente, será en el capítulo III del citado Código –capítulo que lleva por título “*Normas especiales*”- donde aparezcan citadas y reguladas algunas de las modalidades específicas que puede revestir la publicidad en Internet. Se citan así: la publicidad por correo electrónico, la publicidad en grupos de noticias, foros, *chats* –charlas- y similares, la publicidad en la *World Wide Web* y el patrocinio de páginas *Web*. Hemos de entender por tanto comprendidas en la noción de publicidad en Internet de la AAP todas estas modalidades.

A diferencia de lo que sucede en la propuesta de Directiva, la definición de publicidad no recoge ningún supuesto concreto de comunicación excluido expresamente del concepto; pero al referirse a su ámbito de aplicación en el artículo 2.3 señala:

“El presente Código no será de aplicación a la comunicación bilateral originada por solicitud del usuario, ni a los contenidos editoriales de las páginas Web, entendiéndose por tales todos aquellos que no estén orientados a la promoción, directa o indirecta, de la contratación de bienes, servicios, derechos y obligaciones”.

Respecto a la exclusión del alcance del Código de los contenidos editoriales de las páginas *Web*, puede señalarse que, tal y como aparece Redactada, esa mención era innecesaria ya que si la comunicación tiene un fin



distinto de la promoción de bienes o servicios, como pueda ser la información, esta comunicación quedaría fuera del propio concepto de publicidad, sin necesidad de que se diga expresamente.

Otra cuestión distinta, pero relacionada con esta, y ya planteada en el punto 9.1 del Documento de Trabajo de EASA sobre la autorregulación publicitaria en Internet, elaborado en 1999, es la de determinar conceptualmente qué son las “*home pages*” y si las mismas deben ser asimiladas a un editorial, tratarse como material de relaciones públicas, o ser consideradas auténtica publicidad de la imagen de la empresa. Lógicamente su adscripción a una categoría u otra no es banal, puesto que la misma determinará cuál habrá de ser el régimen legal al que se encuentren sometidas. En nuestra opinión, resulta difícil dar una solución única y clara al problema puesto que en principio una *home page* no es sino un espacio “físico” y neutral del medio Internet; y será el contenido que se inserte en ese espacio el que determine, en última instancia, la consideración que habrá de darse a esas *home pages*. De tal manera que habrá de analizarse caso por caso la función a que se destinan esas páginas para poder hacer una adscripción conceptual correcta. Así, aunque parece que en principio la función que se le atribuye es la de presentación de la compañía de que se trate y bienvenida a la *Web* de la misma, lo cierto es que en la práctica se observa que algunas empresas destinan ya esa primera página a realizar verdaderas ofertas publicitarias de sus los productos o servicios que caen fuera del contenido propio



de un editorial y tampoco pueden considerarse mero material de relaciones públicas de la empresa de que se trate.

Mas controvertida resulta la exclusión de la aplicación del Código a aquellas comunicaciones bilaterales originadas por solicitud del usuario⁹. En primer lugar hemos de señalar que entendemos que se están excluyendo sólo cierto tipo de comunicaciones bilaterales, como bien se señala: “*Aquellas originadas por solicitud del usuario*”, y no todo tipo de comunicaciones bilaterales; es decir, tras esta exclusión no se oculta una exigencia implícita de dirigir el mensaje a una colectividad. Hecha esta salvedad conviene preguntarse el porqué de esta exclusión y su idoneidad. Hemos manifestado al principio del presente artículo que una de las características que distingue a Internet de los medios publicitarios tradicionales es su característica de interactividad, es decir su adecuación técnica para desencadenar un diálogo de doble dirección entre el anunciante y el público objetivo en la misma plataforma. Así, frecuentemente, un mensaje publicitario destinado a un público global genera una respuesta en un concreto usuario de Internet que manifiesta su interés por el mensaje, demandando más información. De conformidad con este artículo 3.2 del Código, desde el momento en que el usuario como consecuencia de un primer estímulo o acción publicitaria abandona su posición meramente receptiva y solicita mayor información sobre los productos

⁹ Ya desde la doctrina se ha alertado sobre la dificultad de aplicar la Ley General de Publicidad a mensajes publicitarios que no son recibidos por el usuario, sino que es éste quien los busca y selecciona. *Vid.* DE SALAS NESTARES, ISABEL, *La comunicación publicitaria interactiva en Internet*, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Madrid, 1999, pág.90.



o servicios promocionados, las comunicaciones de respuesta dadas por el empresario anunciante perderían ese carácter publicitario y se considerarían parte de la negociación bilateral dirigida al perfeccionamiento del contrato. Así, en el supuesto de la publicidad *on line* mediante *banners*, que no son sino flashes publicitarios de extensión muy limitada que pretenden captar la atención del internauta para que acceda a una información más detallada sobre el contenido de esa publicidad situándose sobre el citado *banner* y pinchándolo con el ratón (*click through*), desde el momento en que el usuario respondiendo a ese primer estímulo publicitario accede voluntariamente a la *Web* del anunciante, los contenidos que a partir de entonces se le brindan, aun cuando su finalidad primordial fuese promover la contratación de los bienes y servicios del empresario, no podrían ser considerados publicidad, de conformidad con el tenor del Código, ya que en puridad se trataría de comunicaciones originadas por solicitud del usuario. En nuestra opinión, no existen motivos suficientes para excluir, en general, del ámbito de aplicación de este código comunicaciones cuya finalidad pueda ser esencialmente publicitaria, por el mero hecho de ser recibidos por solicitud del usuario. En Internet conviven junto a las tradicionales modalidades publicitarias *pull*, modalidades publicitarias *push*; pero el hecho de que el usuario preste su consentimiento a recibir la publicidad o se implique activamente manifestando su interés en recibirla, no hace que las comunicaciones de promoción pierdan su carácter esencialmente publicitario y su contenido persuasivo. Algunos autores han señalado que este supuesto sería similar al hecho de considerar que cuando



se solicita en el “stand” de una feria un folleto de los productos promocionados, en cuanto dicho folleto se entrega a instancias del consumidor, el mismo no pudiera ser considerado publicidad, aunque su finalidad esencial sea promover la venta de esos productos o servicios¹⁰. Efectivamente, hay muchas situaciones en las cuales los consumidores toman parte activa para recibir información sobre los productos de un vendedor y esa información transmitida sobre el producto continúa considerándose publicidad. Entender lo contrario en el caso de la publicidad *on line* supondría improvisar, de facto e injustificadamente, un nuevo concepto de publicidad, significativamente más restringido que el comunmente manejado en la LGP , en las Directivas comunitarias en la materia, en la propuesta de Directiva sobre comercio electrónico, y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ¹¹; y excluir del ámbito de aplicación de un Código determinadas comunicaciones, privando a los usuarios y los competidores de la protección que este Código les otorga y, en definitiva, limitando sin necesidad la eficacia del mismo.

Por otra parte, esta exclusión del Código iría en contra de aquella parte de la doctrina que tradicionalmente ha entendido que el diálogo personal con el empresario o vendedor en el lugar de venta, con anterioridad a la misma, también

¹⁰Vid. FOSS, MORTEN y BYGRAVE, LEE A., en “International Consumer Purchases through the Internet: Jurisdictional Issues pursuant to European Law”, perteneciente al *ESPRIT Project 27028* que se está llevando a cabo en el seno de la European Commerce Legal Issues Platform (ECLIP).

¹¹ Además, tal exclusión iría en contra de la amplitud con que debe ser entendida la publicidad en opinión del TJCE, el cual, en sentencia de 17 de noviembre de 1993, (Asunto C-73/92, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España), manifiesta que toda actividad de promoción que implique la transmisión de un mensaje destinado a informar al público acerca de la existencia y cualidades del producto o servicio que sea objeto de la referida operación de promoción, a fin de incrementar sus ventas, tendrá la consideración de actividad publicitaria.



tendría carácter publicitario; ya que de algún modo, esa comunicación bilateral desencadenada vendría a ser un “diálogo virtual” equivalente al tradicional diálogo en persona previo a la compra¹².

En otro orden de cosas, el Código de la AAP no se pronuncia sobre el carácter publicitario o no de los nombres de dominio, pero a tenor de su artículo 13, relativo al patrocinio, cabría interpretar que los mismos pueden ser considerados comunicaciones comerciales, al menos, en aquellos supuestos en que aparezcan en páginas *Web* patrocinadas por el titular del nombre de dominio, con la finalidad de promover su nombre, marca, imagen, actividades o productos; y especialmente en aquellos supuestos en que aparezca como hipervínculo hacia un sitio *Web* de comunicación comercial.

IV. CONCLUSIONES.

A la vista de los diversos conceptos de publicidad en Internet que hemos estudiado procede extraer las siguientes consideraciones:

1. Las actividades publicitarias difundidas a través de la Red entran dentro del concepto de publicidad enunciado en la legislación nacional y comunitaria. Esto implica que a tales actividades les será de aplicación toda la normativa publicitaria nacional y comunitaria general, y, en su caso, específica por razón del producto o servicio publicitado; todo ello sin perjuicio de queden sujetas

¹² Vid. TATO PLAZA, ANTXO, “La publicidad en los nuevos canales comerciales emergentes”, *Revista de la Asociación Autocontrol de la Publicidad*, núm.32, junio 1999, págs. 22 y ss.



además a una normativa específica propia—actualmente en fase de elaboración— por razón de su medio de difusión: Internet.

2. Las definiciones jurídicas de publicidad *on line* o publicidad en Internet divulgadas hasta la fecha tienen un amplísimo alcance, de tal manera que en las mismas se da cabida a todo tipo de modalidades publicitarias y de marketing que puedan ser difundidas a través de la Red, siendo irrelevante además el formato -gráfico, audio o video- que las mismas revistan.
3. Estos conceptos de publicidad en Internet comprenden también la modalidad de patrocinio en la Red -modalidad publicitaria que está siendo impulsada como alternativa por las agencias ante la creciente saturación de *banners* en las páginas *web*-.
4. Se consideran también publicidad en Internet aquellas comunicaciones destinadas a promocionar la imagen de una empresa, aun cuando no se oferte directamente un producto o servicio determinado; se amplía, por tanto, en este punto la noción tradicional de publicidad recogida en la Ley General de Publicidad y en la Directiva sobre publicidad engañosa que se refieren exclusivamente a la promoción de bienes o servicios.
5. Se ha optado por excluir de la noción de publicidad o comunicaciones comerciales en Internet la mención a nombres de dominio o direcciones de correo electrónico, aunque, a nuestro juicio, una correcta interpretación nos obligue a precisar que tal exclusión sólo será correcta y lícita en aquellos supuestos en que tales menciones no constituyan un supuesto de patrocinio.



6. En general puede decirse que la amplitud de las definiciones formuladas viene a garantizar una mejor defensa de consumidores y competidores frente a la actividad de promoción llevada a cabo en este nuevo escenario publicitario, al garantizar que toda actividad cuya finalidad esencial sea la propia de la publicidad quedará sujeta a un marco normativo restrictivo y de control. No obstante, las peculiares características –técnicas y otras- del medio Internet aconsejan que, para que esa tutela sea efectiva, se desarrolle una legislación específica que tenga en cuenta esas peculiaridades y ajuste los principios vigentes en este campo de la publicidad –principios tales como el de licitud, el de identificación o el principio de veracidad- a los nuevos supuestos publicitarios que a velocidad vertiginosa van haciendo en aparición en la Red.