

# ACTUALIDAD NORMATIVA EN MATERIA DE PUBLICIDAD DIGITAL

## CURRENT REGULATIONS ON DIGITAL ADVERTISING

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO\*

### RESUMEN

Este estudio presenta los aspectos de mayor relevancia en el actual panorama telemático en relación con la difusión de comunicaciones comerciales en línea. A tal fin se parte del examen de la delimitación conceptual y de las prerrogativas reconocidas al destinatario de la publicidad electrónica para, seguidamente, prestar una especial atención tanto a las nuevas propuestas normativas aprobadas (o en fase de debate) en la materia, como a las previsiones autonormativas contenidas en los particulares códigos de conducta y que afectan al régimen de la difusión promocional a través de los canales telemáticos. Ello al objeto de exponer las bondades de las mismas en relación con las dudas interpretativas y efectos pragmáticos derivados de su adecuado seguimiento.

**Palabras clave:** comunicaciones comerciales electrónicas, autorregulación, identificación publicitaria, consentimiento del destinatario.

### ABSTRACT

This study presents the most relevant aspects in the current telematics landscape in relation to the dissemination of commercial communications online. It begins with the examination of the conceptual delimitation and the prerogatives granted to the recipient of electronic advertising. Attention is then paid to the new regulatory proposals approved (or under discussion) in this area and to the self-regulatory provisions contained in the codes of conduct on telematic promotional dissemination. All this to expose the advantages in relation to interpretative doubts and practical effects of its adequate follow-up.

**Keywords:** electronic commercial communications, self-regulation, advertising identification, consent of the recipient.

---

\* Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Jaén, [tvazquez@ujaen.es](mailto:tvazquez@ujaen.es).

*Fecha de recepción: 28 de marzo de 2023 // Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023.*

**SUMARIO:** I. PUNTUALIZACIONES SOBRE LA SISTEMÁTICA DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL ELECTRÓNICA.—II. RESORTES REGLAMENTARIOS QUE FAVORECEN AL USUARIO-RECEPTOR DE COMUNICACIONES PROMOCIONALES EN LÍNEA.—III. REVISIÓN LEGISLATIVA DE LA PUBLICIDAD ELECTRÓNICA.—1. Propuestas preceptivas concernientes a la publicidad en línea.—2. Anotaciones sobre la entidad de las reseñas de productos en las plataformas de redes sociales.—IV. OBSERVACIONES SOBRE EL SISTEMA AUTONORMATIVO EN LA MATERIA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

**CONTENTS:** I. CLARIFICATIONS ON THE SYSTEM OF ELECTRONIC COMMERCIAL COMMUNICATION.—II. REGULATORY REMEDIES THAT PROTECT THE USER-RECIPIENT OF ONLINE PROMOTIONAL COMMUNICATIONS.—III. REGULATORY REVIEW OF ELECTRONIC ADVERTISING.—1. Mandatory proposals on online advertising.—2. Annotations about product reviews on social media platforms.—IV. OBSERVATIONS ON THE SELF-NORMATIVE SYSTEM.—V. CONCLUSIONS.—VI. BIBLIOGRAPHY.

## I. PUNTUALIZACIONES SOBRE LA SISTEMÁTICA DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL ELECTRÓNICA

La noción de comunicación comercial electrónica se contextualiza, normativamente y como es sabido, en la Ley que regula los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico<sup>1</sup>. Disposición que establece que lo es cualquier forma de comunicación que se dirige a promover, directa o indirectamente, la imagen o los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que lleve a cabo una actividad comercial, industrial o de carácter profesional<sup>2</sup>. Esto es, se trata de una forma de comunicación colectiva realizada entre el anunciante y sus destinatarios, y cuya pretensión o intención por parte del sujeto remitente (anunciante) ha de ser promocional sobre sus productos o los servicios que ofrece en un determinado mercado o de su propia imagen. Y que, a su vez, dicha promoción se encuadre en el marco de una actividad de empresa o comercial en línea<sup>3</sup>.

Además de estos requerimientos generales, no puede pasar inadvertida la calificación de la remisión de comunicaciones comerciales electrónicas como un servicio de la sociedad de la información. Esto implica necesariamente que la comunicación ha de difundirse a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario<sup>4</sup>. Habría que añadir la condición de la onerosidad, a pesar de que nada impide que se trate de un servicio no remunerado en la medida en que suponga una actividad económica para el que lo presta. Por consiguiente, no encajan en la concreción que nos ocupa las comunicaciones electrónicas relativas a los bienes, servicios o la imagen de una entidad que se proporcionen cuando sean elaboradas por un tercero y sin recibir a cambio una ventaja patrimonial o prestación económica, a menos que las partes hubieran llegado a un acuerdo en este sentido. Como tampoco son comunicaciones comerciales

<sup>1</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio. En adelante, LSSIyCE). *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO (2022); ILLESCAS ORTIZ (2009); VÁZQUEZ RUANO (2008).

<sup>2</sup> Letra *f*) del Anexo de la LSSIyCE. Tenor equivalente al del artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE núm. 274, de 15 de noviembre. En adelante, LGP).

<sup>3</sup> A favor de la identificación de los conceptos publicidad y comunicaciones comerciales electrónicas se han pronunciado, entre otros: DE MIGUEL ASENSIO (2022), *passim*; ILLESCAS ORTIZ (2009); TATO PLAZA (2001), págs. 193-195 y 208-210.

<sup>4</sup> La solicitud por parte del destinatario parece deducirse del recurso y utilización que el mismo hace de las nuevas tecnologías y, en particular, de la conexión a Internet y el acceso de los espacios establecidos en la Red.

electrónicas las actuaciones tendentes a promover productos o servicios, o la imagen de una empresa concreta, pero que no se realizan en el contexto de una correspondencia entre el anunciante y el público destinatario. Esta última supresión, en lo que concierne al medio telemático, se refiere fundamentalmente a los recursos electrónicos que permiten a los usuarios el acceso directo a la actividad de la persona, empresa u organización (como lo es la dirección electrónica de un espacio *web*), al no concebirse como un modo que haga factible una comunicación colectiva en línea.

Atribuida esta noción, corresponde al sujeto anunciante la observancia de los principios contenidos en la regulación específica apuntada<sup>5</sup>, junto a las previsiones generales vigentes en el ámbito comercial y publicitario<sup>6</sup>. Atendiendo a aquellos, como norma general, las comunicaciones promocionales difundidas por medios electrónicos han de estar claramente identificadas en su condición comercial, al igual que la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan<sup>7</sup>. A este respecto, no cabe sino limitar las comunicaciones en las que se disimule u oculte la identidad de quien las remite o por cuenta de quien se efectúan, o aquellas que supongan una contravención de la clara identificación del mensaje promocional<sup>8</sup>, al igual que las que inciten a los destinatarios a visitar páginas electrónicas que conculquen los imperativos de identificación publicitaria<sup>9</sup>. A mayor abundamiento, y en yuxtaposición con dicho mandato genérico, se establece un requerimiento categórico en relación con las comunicaciones promocionales que se distribuyen a través del correo electrónico u otro canal de comunicación equivalente que permite llegar a un determinado destinatario (titular del medio)<sup>10</sup>. Esto es, la necesidad de que este último las hubiera solicitado previamente o hubiese autorizado de forma expresa dicha remisión<sup>11</sup>,

<sup>5</sup> Título III LSSIyCE.

<sup>6</sup> Artículo 19 LSSIyCE. A este respecto, se mantiene vigente y aplicable el régimen normativo previsto respecto de la difusión promocional comercial en general y, de manera concreta, la establecida en materia de protección de datos de carácter personal y su normativa de desarrollo. Actualmente, en el ámbito interno, junto a la aplicación directa del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, *DOUE* L-119, de 4 de mayo. En adelante, RGPD), hay que atender a las previsiones de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (*BOE* núm. 294, de 6 de diciembre. En adelante, LOPDPDG) y la normativa de desarrollo (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, *BOE* núm. 17, de 19 de enero). Un estudio pormenorizado de la materia puede verse en: VVAA (2021); SERENA ROSSI (2021); VÁZQUEZ RUANO (2008).

<sup>7</sup> En igual sentido al artículo 9 LGP [*vid.* Tobío RIVAS (2000), págs. 1155-1210]. Asimismo, las comunicaciones que se refieran a ofertas promocionales que incluyan descuentos, premios y regalos, y a los concursos y juegos, en los que junto a la necesaria autorización e identificación de los mismos, se precisa la clara concreción de las condiciones de acceso y de participación cuando corresponda para que el destinatario disponga de la información completa al respecto (disp. adic. 1.ª 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, *BOE* núm. 308, de 23 de diciembre).

<sup>8</sup> Apartado 1 del artículo 20 LSSIyCE. Puede consultarse, en este sentido, el Dictamen de 9 de abril de 2021 de la Sección 5.ª del Jurado de Autocontrol, en cuanto a la publicidad de la entidad *Brand New Ways Comunicaciones, S. L.*

<sup>9</sup> La interpretación de la redacción de esta previsión puede resultar confusa [sobre ello ya nos hemos pronunciado con anterioridad, VÁZQUEZ RUANO (2008), págs. 161-165].

<sup>10</sup> Artículo 21 LSSIyCE. Sobre ello, EMPARANZA SOBEJANO (2010-2011), págs. 153-175 y (2012-2013), págs. 10-15; MIQUEL RODRÍGUEZ (2001), págs. 245-274; RIVERO GONZÁLEZ (2003), pág. 1596; SÁNCHEZ GÓMEZ (2009), págs. 1213-1217; SERENA ROSSI (2021); VÁZQUEZ RUANO (2010), págs. 1090-1100, y (2013), págs. 79-96. De interés en la materia es la consulta de la Resolución de la Agencia española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00611/2010 (R/00394/2011).

<sup>11</sup> *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO (2010-2011), págs. 153-175; GUILLÉN CATALÁN (2005), págs. 128-129; VÁZQUEZ RUANO (2008), págs. 307-325.

manifestando su voluntad de manera libre, informada, específica e inequívoca. La excepción se hace en la hipótesis de que con anterioridad al envío promocional hubiera existido una relación comercial entre el sujeto remitente y el destinatario del mensaje que se difunde a través de medios electrónicos que le pertenecen y de la que se hubieran obtenido de forma lícita los datos personales de contacto. Ello siempre que el contenido de la comunicación se relacione con productos o servicios de su empresa que sean semejantes a los que inicialmente fueron objeto de contratación por parte del usuario que la recibe.

## II. RESORTES REGLAMENTARIOS QUE FAVORECEN AL USUARIO-RECEPTOR DE COMUNICACIONES PROMOCIONALES EN LÍNEA

Junto a las imposiciones que pesan sobre el anunciante que difunde mensajes publicitarios por medios electrónicos, la taxonomía normativa recoge ciertas facultades que han de entenderse como instrumentos que protegen al usuario que recibe las comunicaciones comerciales en línea, tanto en lo que hace a las que se difunden por medios electrónicos que alcanzan a un colectivo indeterminado, como en el supuesto de que estos se dirijan a precisos sujetos de manera particular. En concreto, en este último supuesto y como se ha reseñado, además de la atención al principio de identificación de la comunicación comercial, se reconoce al usuario la precisa obtención de su voluntad o expresa autorización para poder utilizar dichos canales con una finalidad promocional y la posible revocación del mismo en cualquier momento<sup>12</sup>; y, en todo caso, el derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios<sup>13</sup>.

La indicada facultad de revocación del consentimiento prestado por el destinatario no requiere del cumplimiento de presupuestos formales ni temporales definidos, lo que permite inferir que puede ejercerse en cualquier momento mediante la simple notificación de su voluntad al remitente de las comunicaciones comerciales en línea (anunciante) y debiendo asumir este el compromiso de habilitar procedimientos sencillos y gratuitos a tal efecto. En la hipótesis de haber difundido la publicidad mediante el correo electrónico, necesariamente, habrá de indicarse una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida para permitir al destinatario ejercer su derecho de revocación. Teniendo el prestador del servicio la obligación de facilitar la oportuna información sobre dichos procedimientos a los usuarios por medios electrónicos y de forma accesible para ellos.

Asimismo, el receptor de las comunicaciones comerciales electrónicas puede oponerse al tratamiento de los datos que le pertenecen y que se hace con una finalidad promocional. Correspondiendo al remitente, en el mismo sentido, la necesidad de proporcionarle un procedimiento simple y sin que le comporte cargo económico alguno, bien en el momento en el que se recopilan los datos personales con un fin comercial, o bien en cada una de las comunicaciones promocionales que se le dirijan con posterioridad<sup>14</sup>. El cumplimiento de esta

<sup>12</sup> Artículo 22 LSSIyCE.

<sup>13</sup> Artículos 21 y 22 LSSIyCE. La consecuencia del incumplimiento de estas exigencias va a ser la imposición de sanciones económicas (arts. 38 y 39 LSSIyCE).

<sup>14</sup> Así, EMPARANZA SOBEJANO (2012-2013), págs. 10-15; MIQUEL RODRÍGUEZ (2001), págs. 245-274; SERENA ROSSI (2021); VÁZQUEZ RUANO (2008), págs. 307-325.

exigencia cabe afirmar que no comporta esfuerzo interpretativo alguno cuando el medio empleado para la remisión comercial es el correo electrónico, en cuyo caso se estima que —siguiendo el planteamiento de la revocación de su conformidad— será suficiente con ofrecerle dicha posibilidad mediante la propia dirección electrónica empleada para el envío o, cuando proceda, ofrecerle otra dirección electrónica válida a través de la que el usuario pueda ejercer este derecho. Prohibiéndose, como resulta evidente, la remisión de comunicaciones de naturaleza promocional en las que no se incluya referencia alguna a dicha dirección electrónica. Sin embargo, en el supuesto de que se difundan los mensajes promocionales a través de otros medios equivalentes que pertenecen a determinados sujetos (piénsese en el terminal telefónico móvil), debiera haberse propuesto alguna enunciación de carácter indicativo, como puede serlo la inclusión de un número de terminal telefónico correcto para ejercitar dichas facultades de manera sencilla y gratuita por parte del afectado, o un recurso electrónico de acceso fácil y directo desde el mismo dispositivo del sujeto que recibe las comunicaciones en línea. Tal vez, la razón que justifique dicha carencia traiga causa en la aquiescencia del legislador con la transcripción del contenido mínimo recogido en la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas en relación con los medios habilitados para la venta directa<sup>15</sup>. Así, en dicho texto se conmina a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que garanticen que sólo las personas autorizadas tienen acceso a los datos personales de los usuarios, que los protejan ante pérdidas o alteraciones accidentales y otros tratamientos ilícitos, y que apliquen una adecuada política de seguridad sobre el tratamiento de los datos e informaciones que identifican o pueden hacer identificable a su titular<sup>16</sup>; y, al mismo tiempo, la indispensable garantía de la confidencialidad de las comunicaciones intercambiadas y de los datos relacionados con las mismas<sup>17</sup>. En particular, en cuanto al envío de comunicaciones electrónicas de venta directa, se determina la no admisión de su remisión si el usuario receptor no lo hubiera consentido en un momento previo y en cuanto no se hubieran atendido los extremos señalados en beneficio de la protección de la privacidad y de la tutela de los datos personales del interesado.

En relación con lo anterior, no podemos rehuir de la admisión de la facultad del usuario en línea de consentir el uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos de sus equipos terminales, tras haber obtenido la infor-

---

<sup>15</sup> Puede consultarse el apartado 1 del artículo 13, en el que se prohíbe el envío de mensajes electrónicos con fines de venta directa no sólo en aquellos casos en los que se disimule u oculte la identidad del remitente o en los que no se prevea una dirección para que el receptor pueda oponerse al envío, sino además se establece la prohibición en los supuestos en los que la comunicación comercial no sea claramente identificada como tal o no se cumpla la exigencia de información adicional cuando contengan ofertas, descuentos, premios y regalos. Al igual que las condiciones de participación si se refiere a concursos y juegos promocionales, los cuales han de ser en todo caso fácilmente accesibles y presentarse de forma clara e inequívoca. También quedan prohibidas las comunicaciones en las que los destinatarios sean incitados a visitar páginas electrónicas en las que se incumplan los extremos a los que nos acabamos de referir.

<sup>16</sup> Las obligaciones que la norma impone a las personas que llevan a cabo tratamientos de datos de carácter personal implica el reconocimiento del conjunto de derechos y facultades a los sujetos a los que concierne la información que es objeto de tratamiento y que se completan con los previstos en la norma general sobre la materia (arts. 4, 5, 6, 9 y 15 de la Directiva 2002/58/CE).

<sup>17</sup> Artículo 5 de la Directiva 2002/58/CE, en cuyo caso se prohíbe la escucha, grabación, almacenamiento u otro tipo de intervención de las comunicaciones o sus datos sin el consentimiento del interesado, con la excepción de que esté legalmente previsto y de que se trate del almacenamiento técnico preciso para llevar a cabo la comunicación.

mación precisa sobre su empleo y la finalidad del tratamiento que los respalda<sup>18</sup>. Es decir, el afectado tiene reconocido el derecho a manifestar su consentimiento una vez que se le haya facilitado con anterioridad la oportuna información de manera clara, completa y expresa al respecto, y que se concreta de forma básica en su utilización y la finalidad que lo justifica. Sobre ello, nada impide que se pueda recabar la autorización del interesado a través de parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones en los supuestos en los que resulte técnicamente posible y sea eficaz en cuanto al objetivo que con ello se persigue. Pero, no obstante, esta posibilidad se condiciona a que el usuario proceda a su configuración durante la instalación o actualización, pero de manera inevitable mediante una acción expresa. Ello implica que, en todo caso y a fin de evitar posibles riesgos, el usuario tenga que configurar las instrucciones o aplicaciones del navegador durante su establecimiento o en la actualización pertinente, lo que impide su aceptación por defecto.

Finalmente, y aun cuando supere el objeto de estudio de este trabajo, cabe indicar el compromiso del prestador que difunde comunicaciones comerciales en línea con los mandatos sobre la tutela de los datos de carácter personal en la hipótesis de que dichas comunicaciones se difundan a través de canales electrónicos que pertenecen a determinados sujetos (como el correo electrónico o el terminal telefónico móvil)<sup>19</sup>. En lo que nos atañe en este momento, interesa llamar la atención sobre el requerimiento de la obtención del consentimiento inequívoco del titular de los datos que van a ser objeto de tratamiento y, cuando sea procedente, aplicar los instrumentos adecuados que permitan probar al responsable que dicha conformidad se ha proporcionado, y la posibilidad de que el interesado pueda ejercitar el derecho de acceso a la información almacenada, el de rectificación o de cancelación de la misma cuando hubiera dejado de ser necesaria o pertinente para la finalidad que justificó su obtención o registro, y la facultad de oposición al tratamiento sin que ello le reporte ninguna carga económica<sup>20</sup>. Así como, evitar la comercialización directa de la información personal que le concierne, el derecho a la portabilidad de los datos y la eventualidad de prevenir la adopción de decisiones y perfiles automatizados. Facultades que han de aprehenderse en correspondencia con los principios básicos sobre el tratamiento de los datos personales, a saber: el de calidad y el de información al interesado sobre el sujeto que los obtiene, los datos que se han recabado y

---

<sup>18</sup> Según lo dispuesto en el artículo 22 LSSIyCE. Los archivos *cookies* son datos ocultos intercambiados entre un usuario de Internet y un servidor *web* que quedan archivados en el disco duro del terminal del usuario (cdo. 25 de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, *OJ L-201*, de 31 de julio). *Vid.* PANIZA FUNALLA (2017), págs. 105-122.

<sup>19</sup> Título II relativo a los Principios de la protección de datos (arts. 4 a 12) y Título III sobre los Derechos de las personas (arts. 13 a 19), respectivamente de la LOPDPDG.

<sup>20</sup> Resultan de interés la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), núm. 1175/2020, de 17 de septiembre, RJ 2020/3297; la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), núm. 1176/2020, de 17 de septiembre, RJ 2020/3296, y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), núm. 2344/2016, de 2 de noviembre. RJ 2016/5718. Así como, las siguientes Resoluciones de la Agencia española de Protección de Datos: expediente TD/00035/2021, R/00288/2021 contra la entidad *Data Media Advertising S. L.* sobre el derecho de acceso; expediente TD/00019/2021, R/00243/2021 contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., por no atender el derecho de rectificación de la información; expediente TD/00130/2020, R/00567/2020 sobre el ejercicio del derecho de supresión, y el expediente TD/00054/2021, R/00287/2021 contra la Dirección General de la Policía en cuanto a las facultades del titular de los datos personales.

la finalidad que acredita su recopilación, la limitación del periodo de conservación, la minimización de los datos objeto de tratamiento, y la responsabilidad proactiva que compete al responsable del mismo, entre otros aspectos.

### III. REVISIÓN LEGISLATIVA DE LA PUBLICIDAD ELECTRÓNICA

#### 1. Propuestas preceptivas concernientes a la publicidad en línea

Las previsiones iniciales en el panorama comunitario en relación con la remisión de comunicaciones electrónicas de contenido comercial traen causa en la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico<sup>21</sup>, en las cuales se establece tanto la delimitación conceptual de las mismas, como el requerimiento general de su identificación y la facultad de limitarlas cuando no hubieran sido solicitadas en un momento previo por parte del destinatario<sup>22</sup>. Régimen genérico que se completó en la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en las comunicaciones electrónicas, con una limitación concisa de las que —no habiendo sido solicitadas— se remiten por correo electrónico con fines de venta directa, a menos que el receptor fuera cliente de la entidad remitente. La relevancia de estas prescripciones ha de valorarse en conexión con las relativas a la exención de responsabilidad de los servidores intermediarios respecto a los contenidos ilícitos que alojen o transmitan en línea y la inexistencia de una obligación básica de supervisarlos. El argumento sobre el que descansa esta significación se ha visto reflejado en el último conjunto normativo especial aprobado en el entorno digital. Hacemos referencia, de un lado, a la Directiva (UE) 2018/1808 sobre la prestación de servicios de comunicación audiovisual (en adelante, DSCA)<sup>23</sup> que se ocupa del régimen de las plataformas digitales y, al mismo tiempo, concreta las disposiciones de garantía acerca de los usuarios y creadores de contenidos en red y de los mecanismos para evitar la discriminación en el acceso a dichos contenidos. De otro, a la Directiva (UE) 2019/790 en materia de derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital<sup>24</sup>, esencialmente en ella se abordan los deberes que han de atender las plataformas de intercambio de vídeos y las comunicaciones con contenido ilícito por ofensivo<sup>25</sup>, junto a los derechos de autor en el mercado electrónico. Por último, conviene llamar la atención sobre la designada como Ley de Servicios Digitales (en adelante, LSD)<sup>26</sup>, la cual establece un nuevo mar-

<sup>21</sup> Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico, *DOCE* núm. 178, de 17 de julio). *Vid.* TATO PLAZA (2001), págs. 190-210.

<sup>22</sup> Artículos 2, 6 y 7 de la norma.

<sup>23</sup> Directiva (UE) 2018/1808, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual, *DOUE* L-303, de 28 de noviembre).

<sup>24</sup> Directiva (UE) 2019/790, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (*DOUE* L-130, de 17 de mayo). En concreto, artículo 17 de la norma.

<sup>25</sup> Piénsese en herramientas en línea como aplicaciones de *chat*, *Reddit* de *Google* y las de *podcast*. Para ampliar esta materia puede consultarse DE MIGUEL ASENSIO (2022).

<sup>26</sup> Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales, *DOUE* núm. 277, de 27 de octubre).

co de aplicación a los servicios intermediarios al objeto de promover un entorno electrónico seguro y equitativo. Aun cuando se reitera el mantenimiento de la exclusión de responsabilidad de los prestadores intermediarios (plataformas digitales, redes sociales, mercados electrónicos y motores de búsqueda, entre otros)<sup>27</sup> por la ausencia de una obligación de vigilancia y control de la adecuación de los contenidos que los usuarios insertan en línea, se exige que asuman una serie de imposiciones centradas esencialmente en cuestiones de transparencia y diligencia en lo que hace a la retirada de los posibles contenidos ilícitos. Esto es, el prestador del servicio ha de desarrollar un comportamiento proactivo en el momento en el que tenga conocimiento efectivo de la ilegalidad del contenido y ha de ser diligente en cuanto a su retirada o en la inhabilitación de su acceso<sup>28</sup>. De entre los deberes de mayor alcance en la materia que analizamos, conviene referir las obligaciones sobre trazabilidad de las empresas usuarias en los mercados en línea (plataformas que hacen factible la formalización de contratos a distancia) en cuanto a la localización adecuada de los vendedores según una doble perspectiva<sup>29</sup>: la posibilidad de que los consumidores conozcan a los prestadores que proporcionan un servicio de venta de bienes que sea ilícito y, en la posición de los mercados electrónicos, respecto al esfuerzo para comprobar de manera aleatoria si los productos o servicios que se ofertan han sido identificados en las bases de datos oficiales como ilegales, al igual que obtener la correcta información comercial sobre los mismos. En esta última hipótesis interesa encuadrar la posible concreción de acuerdos subyacentes por los que los empresarios quedan vinculados al objeto de promocionar comunicaciones sobre productos o servicios en nombre de las marcas comerciales. De modo preciso, los prestadores que inserten publicidad en sus interfaces han de asegurarse de que la naturaleza de la promoción está claramente identificada, al igual que la persona anunciante y aquella que, cuando sea oportuno, hubiera pagado por la publicidad (siempre que no coincida con el anunciante). Siendo la novedad que, además, es necesario que se detallen los datos de los parámetros empleados a fin de determinar el destinatario a quien se presenta el anuncio y el modo en el que estos pueden ser alterados<sup>30</sup>.

No podemos concluir esta sinopsis sin referir, aunque sea someramente, tres propuestas normativas aún pendientes de aprobación definitiva en el seno de la

---

<sup>27</sup> El ámbito subjetivo de aplicación se concreta en los servicios de alojamiento de datos (en nube o de alojamiento *web*), servicios de intermediación (como los proveedores de acceso a Internet y los encargados del registro de nombres de dominio), los motores de búsqueda y las plataformas digitales, tales como las propias redes sociales o los mercados digitales. Se excluyen de dicho ámbito los servicios que permiten las comunicaciones interpersonales (*vid.* la regulación de la Directiva (UE) 2018/1972, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, *DOUE* L-321, de 17 de diciembre).

<sup>28</sup> El conocimiento lo va a tener por órdenes recibidas de los organismos competentes, investigaciones realizadas a iniciativa propia o en razón de las notificaciones de los afectados.

<sup>29</sup> En todo caso, no puede entenderse como una orden fundamental de monitorizar o comprobar los productos o servicios proporcionados por los empresarios mediante sus servicios. Sino que se pretende que estas interfaces comprueben de modo razonable y aleatorio si esos productos o servicios ofertados se han identificado como ilícitos en las bases de datos o interfaz electrónica oficial. Ni tampoco han de realizar actividades que les sean excesivas o, en su caso, impliquen para ellas un coste elevado. En este sentido, se establecen los «alertadores fiables» (art. 22 LSD).

<sup>30</sup> La información requerida ha de ser clara, concisa e inequívoca y facilitarse en tiempo real, no pudiendo incluir datos personales de los destinatarios del servicio a los que se le hubiera presentado la publicidad en línea (arts. 24 y 26 LSD). No obstante, se formula una exigencia mayor de transparencia en lo que respecta a las plataformas en línea y motores de búsqueda de *muy gran tamaño* que presenten publicidad en sus interfaces (art. 30).

UE y que son significativas en la sistemática de las comunicaciones comerciales electrónicas. El conocido como Reglamento *e-Privacy*<sup>31</sup> que se ocupa del régimen sistemático de las comunicaciones de mercadotecnia directa como formas de publicidad oral o escrita enviadas a usuarios finales de comunicaciones electrónicas, identificados o identificables. Nominación que incluye la utilización de sistemas automatizados de llamada y comunicación con interacción humana o sin ella, el correo electrónico, los mensajes cortos al terminal telefónico móvil, y las aplicaciones de mensajería instantánea u otros instrumentos semejantes. En todo caso, la remisión de comunicaciones comerciales requiere del consentimiento explícito previo del destinatario otorgado tras recibir la oportuna información<sup>32</sup>, a menos que este fuera cliente con anterioridad del anunciante y se usen los datos lícitamente obtenidos para ofertarle productos o servicios en el marco de su actividad comercial y que, a su vez, sean similares a los ya contratados<sup>33</sup>. Así, junto a la técnica necesaria para que el usuario pueda oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales y la atención a los principios de protección de la información personal, se obliga a los anunciantes a establecer un nuevo sistema para la captación de los consumidores potenciales a través de la suscripción o de técnicas *opt-in*<sup>34</sup>. Aun cuando se distingue la licitud del tratamiento de los datos del usuario efectuado al objeto de evitar el envío de comunicaciones de mercadotecnia directa a quienes hubiesen manifestado su negativa u oposición a recibirlas<sup>35</sup>, cabe destacar la falta de concreción sobre la posible conservación de la información del sujeto que ejerce su derecho de oposición. A mayor abundamiento, pese a que se trata de una simple indicación, se alude a posibles alternativas técnicas de limitación de comunicaciones comerciales no autorizadas o previamente consentidas (como los programas singulares de bloqueo de comunicaciones comerciales, los *Ad Blockers*).

En otro orden, la Propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (calificada como *Ley de Datos*)<sup>36</sup> que está orientada a facilitar la aproximación de los usuarios a los datos e informaciones que hubieran generado y a su traslado o portabilidad a proveedores de servicios (en la nube y en el borde); y, con una mayor aproximación respecto al tema que abordamos, la Propuesta de Reglamento en materia de Inteligencia Artificial (conocida como *Ley de IA*) que pretende garantizar la seguridad de dichos sistemas y los derechos fundamentales en su funcionamiento. Las previsiones de la primera, en lo que nos afecta, especifican la posibilidad de que las

---

<sup>31</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, Reglamento *e-Privacy*. COM/2017/010 final - 2017/03). *Vid.* PANIZA FUNALLA (2017), págs. 105-122.

<sup>32</sup> Artículo 16 de la Propuesta de Reglamento *e-Privacy*.

<sup>33</sup> Artículos 9 y 16 de la Propuesta de Reglamento *e-Privacy*, en remisión a los artículos 4 y 7 RGPD. Para ampliar esta materia, entre otros, PANIZA FUNALLA (2017), págs. 105-122.

<sup>34</sup> Considerandos 47 y 70 y artículo 21 RGPD. Pueden consultarse la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), núm. 1469/2020, de 10 de noviembre, RJ 2020/3962; la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), núm. 1471/2020, de 10 de noviembre, RJ 2020/3961, y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), núm. 1467/2020, de 5 de noviembre, RJ 2020/3958.

<sup>35</sup> Artículo 23 de la norma, en concreto en el apartado 1. Esta previsión implica la obligación para los que llevan a cabo actuaciones promocionales de consultar a priori los sistemas de exclusión publicitaria de los sujetos que pudieran afectar a su actuación en el mercado y, cuando proceda, excluir los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ello.

<sup>36</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (*Ley de Datos*, COM/2022/68 final).

entidades y otros agentes estén facultados para disponer de un volumen de datos e informaciones al objeto de posibilitar que se ofrezcan servicios de manera personalizada. En igual sentido, es relevante la adopción de medidas para alcanzar un adecuado equilibrio en la negociación de las pequeñas y medianas entidades mediante la prevención del abuso de los desequilibrios contractuales en los contratos de intercambio de datos. En cuanto a la segunda, el empleo de ciertos sistemas de IA adelantamos que va a implicar un nuevo cambio en las estrategias comerciales de las entidades establecidas en línea. Las funcionalidades de técnicas como los *chatbots* que hacen factible simular una conversación en tiempo real tienden a mejorar la personalización directa de los contenidos comerciales que se difunden a los consumidores o usuarios, puesto que se anticipan a sus pautas de comportamiento y, en este sentido, también se favorece la eficiencia de las campañas promocionales mediante la adquisición programática<sup>37</sup>.

## 2. Anotaciones sobre la entidad de las reseñas de productos en las plataformas de redes sociales

La reglamentación que procura mejorar la aplicación y modernización de las previsiones de protección de los consumidores de la UE<sup>38</sup> concreta la prohibición de que los comerciantes incluyan en las redes sociales reseñas y aprobaciones de consumidores falsas al objeto de publicitar sus productos o, en su caso, autorizar que terceros lo hagan en cumplimiento de su encargo. Tampoco es posible manipular reseñas y aprobaciones de los consumidores, como sucedería si sólo se publican las que son de contenido positivo, pero no así las de cariz negativo<sup>39</sup>. Por consiguiente, se aviene la imposición de que se limiten las prácticas por las que un comerciante facilita a un consumidor cierta información a modo de resultados de búsqueda, aunque sin que en dichos resultados se indique con claridad la publicidad retribuida o el pago específico para que ciertos productos obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsquedas efectuadas por el propio consumidor.

A nivel interno, las disposiciones sistemáticas sobre la defensa de los derechos de los consumidores y la garantía de sus intereses legítimos económicos instan el cumplimiento del deber genérico de proporcionar a los consumidores la información necesaria en cuanto a la oferta comercial de los productos y servicios que se presentan en el mercado<sup>40</sup>, incluyendo el régimen de las reseñas

---

<sup>37</sup> La publicidad programática consiste en el uso de tecnología avanzada para la adquisición automatizada y en tiempo real de espacios de audiencias en línea y que hace posible vincular la promoción con el destinatario interesado. Así, la interconexión de los datos (*big data* o procesamiento de datos) y los algoritmos muestran anuncios comerciales automatizados a usuarios de forma estratégica, basada en los datos e informaciones recopiladas (a través de sus *Internet Protocol —IP—*). Vid. VÁZQUEZ RUANO (2021), págs. 425-464.

<sup>38</sup> La Directiva (UE) 2019/2161, del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (*DOUE* L-328, de 18 de diciembre).

<sup>39</sup> Vid. el considerando 49 del citado texto y el artículo 3 del mismo en cuanto a las modificaciones de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, *DOUE* núm. 149, de 11 de junio). En este sentido, VÁZQUEZ RUANO (2010), págs. 1090-1100.

<sup>40</sup> Artículo 20 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (*BOE* núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. En adelante, *TRLGDCyU*).

sobre bienes y servicios<sup>41</sup>. Las entidades han de señalar y asegurar que dichas reseñas y comentarios sobre los productos o servicios que han contratado los consumidores son ciertas y, verdaderamente, se corresponden con la realidad. Y ello se corrobora con la imposición de una carga adicional a aquellas respecto del modo en el que tratan la certeza de dichos comentarios. En caso contrario, la práctica se enjuiciará como un comportamiento desleal, sin soslayar la facultad sancionatoria de la autoridad de consumo en la materia. En relación con ello, las previsiones que limitan las conductas desleales en el mercado, y en particular las que se llevan a cabo con los consumidores, determinan que serán desleales por engañosos dos comportamientos relacionadas con esta temática<sup>42</sup>, a saber: afirmar que las reseñas de un producto o servicio son añadidas por consumidores y usuarios que han comprado o contratado el bien o servicio, pero sin que se hubieran adoptado medidas razonables y proporcionadas para comprobar que dichas reseñas pertenezcan a los sujetos que las establecen; y encargar a otra persona o añadir reseñas o aprobaciones de consumidores que no se correspondan con la realidad, o que se distorsionen reseñas de consumidores o usuarios o aprobaciones sociales con la pretensión de promocionar los productos o servicios a los que se refieran. En ambas hipótesis, la evidencia de la relevancia que para los que forman parte del mercado tiene la información que los empresarios u otros integrantes del mismo suministran, así como de los que ostentan la condición de consumidores (o usuarios) en relación con lo que hubieran comprado o contratado a efectos de tomar sus decisiones con el debido conocimiento, implica la determinación de su inclusión como posibles prácticas engañosas.

Junto a estas prescripciones específicas, téngase en cuenta que los actos de engaño en el mercado encuadran tanto la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, como la omisión de datos relevantes y, al mismo tiempo, las que sean susceptibles de inducir a error a las personas a las que se dirigen o alcanzan, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas. De este modo, el engaño en las relaciones comerciales puede derivarse tanto del contenido del mensaje que se difunde, como de las omisiones que se hagan en el mismo. Es decir, la deslealtad por engaño de la información falsa o de la que, siendo veraz, induce a error o puede hacerlo a los destinatarios y generando que el consumidor adopte una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado o que tome una decisión relacionada con la adquisición o no de un producto en razón de la información proporcionada<sup>43</sup>; o que se omita u oculte información o datos de importancia para los consumidores o esta se ofrezca, pero de una manera opuesta a la claridad, inteligibilidad, sea ambigua, o se proporcione en un momento inadecuado, siempre que ello influya en la adopción de sus decisiones y que, de otro modo, no hubiera llevado a cabo<sup>44</sup>. No obstante, esta afirmación no es rotunda, sino que para su determinación habrá de tenerse en cuenta el contexto de hecho particular y las características y circunstancias específicas, como lo son las limitaciones y los aspectos del medio de comunicación empleado y la per-

<sup>41</sup> Apartado 4 del artículo 20 TRLGDCyU.

<sup>42</sup> Apartados 7 y 8 del artículo 27 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE núm. 10, de 11 de enero. En adelante, LCD).

<sup>43</sup> Artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE y artículo 5 LCD.

<sup>44</sup> Artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE, artículo 7 LCD y artículo 49 TRLDCU.

cepción generada en el mismo respecto al hecho en cuestión. Correlativamente, se incluye un elenco taxativo de conductas comerciales cuyo supuesto de hecho resulta engañoso en cualquier caso en la medida en que afectan a quienes ostentan la condición de consumidores o usuarios<sup>45</sup>. En efecto, la información que los empresarios facilitan a los consumidores en el mercado no puede inducir a error a los mismos en casos determinados y, entre ellos, se incluye el régimen preciso de las reseñas o comentarios por la influencia que estos contenidos tienen en el comportamiento económico de aquellos en el mercado digital<sup>46</sup>.

#### IV. OBSERVACIONES SOBRE EL SISTEMA AUTONORMATIVO EN LA MATERIA

La aprobación de códigos de conducta ha de estimarse como una alternativa adecuada para complementar las previsiones jurídicas vigentes en un ámbito como el electrónico que se encuentra en continuo avance y progresión<sup>47 48</sup>. Siendo, en todo caso, necesario que en su elaboración se cuente con la participación de las organizaciones de los sujetos afectados y de los consumidores con objeto de alcanzar un nivel adecuado de tutela de dichos colectivos<sup>49</sup>. Entre las iniciativas autonormativas que merecen ser destacadas sobre la temática que nos ocupa en este estudio, hemos de partir del Código ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (*Código de Confianza Online*)<sup>50</sup> vigente en cuanto al comercio electrónico y los servicios de la sociedad de la información. El contenido del mismo tiende a proporcionar unas garantías superiores a las reconocidas por la reglamentación a la que complementa. Aun cuando la concreción de la publicidad electrónica se determina transcribiendo la definición en sentido positivo y negativo del concepto de comunicación comercial electrónica antes señalado, se amplían las exclusiones expresas con un cariz más obvio que clarificador. En este sentido, no se encuadran en el régimen de la promoción en línea los contenidos editoriales de las páginas electrónicas, ni la publicidad institucional y la de carácter político que cuentan con una regulación propia. A las exigencias sustantivas que hacen admisible la remisión de comunicaciones comerciales electrónicas, se añade que sean leales, honestas y veraces siguiendo los principios desarrollados por el Código de Práctica Publicitaria de

<sup>45</sup> Anexo I *lista negra* de conductas y artículo 27 LCD.

<sup>46</sup> El juicio de deslealtad de estos comportamientos permite ejercer las correspondientes acciones judiciales (art. 32 LCD) y, en concreto, en lo que hace a las conductas engañosas resultaría conveniente la interposición de la acción de cesación de la práctica o, cuando corresponda, la prohibición de la misma y la acción de rectificación de dichas informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Incluyendo, si así se estima, el resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieran generado.

<sup>47</sup> En particular, las disposiciones de la Directiva 2000/31/CE.

<sup>48</sup> Artículos 6 y 10 de la Directiva 2005/29/CE y considerandos 4 y 32 de la Directiva 2000/31/CE. Circunstancia que ya hemos puesto de manifiesto en otras ocasiones [VÁZQUEZ RUANO (2008), págs. 107-113, y (2009), págs. 9-14].

<sup>49</sup> Consúltense, en concreto, el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea de 2 de octubre de 2001 [COM (2001) 531, no publicado en el *Diario Oficial*] ponía de manifiesto la necesidad de reformar la legislación comunitaria en la medida en que uno de los obstáculos principales con los que se encontraba la correcta evolución y desarrollo del comercio interior era la divergencia entre las legislaciones internas de los Estados miembros. En cumplimiento de este requerimiento, se aprobó la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

<sup>50</sup> Código de Conducta de Confianza Online, febrero de 2023 (para su consulta: [https://www.confianzaonline.es/doc/codigo\\_etico\\_confianzaonline.pdf](https://www.confianzaonline.es/doc/codigo_etico_confianzaonline.pdf), acceso en abril de 2023).

la Cámara de Comercio Internacional<sup>51</sup> y que se respeten los presupuestos del tratamiento de los datos personales en general y en lo que hace a ciertos canales de intercambio de comunicaciones en el entorno electrónico (foros, charlas, o similares) en particular, y la especial tutela conferida a los menores<sup>52</sup>. Además de los principios básicos de conducta, se prevén procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias en materia de publicidad y también en relación con las transacciones comerciales en línea, los cuales resultan sencillos y gratuitos para los afectados. En cuanto a los que se susciten en el ámbito de las comunicaciones comerciales electrónicas, la tutela de la privacidad, la protección de los datos y los intereses de los menores, la tramitación de la reclamación la hará el Jurado de la Publicidad de Autocontrol y podrá ser objeto de recurso de alzada<sup>53</sup>. Aunque, como es sabido y con carácter previo a la resolución del mismo, cabe solventar la polémica mediante la opción de la mediación o con la factible negociación particular entre el sujeto que reclama y la entidad cuya actuación se cuestiona.

El sistema autonormativo general vigente en el entorno electrónico se ha perfeccionado con otras iniciativas de carácter específico relacionadas con la publicidad en línea, tal es el caso del Código de Conducta sobre el uso de las personas conocidas como *influencers* en la publicidad electrónica por parte de las empresas (*Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad*)<sup>54</sup>. El objetivo básico, en esta ocasión, ha sido determinar los principios necesarios en lo que concierne a la identificación de la publicidad que se difunde a través de los perfiles sociales de las personas de relevancia en las plataformas de redes en línea para evitar las prácticas promocionales encubiertas<sup>55</sup>. La calificación de ilicitud deriva de la forma en la que se difunde la comunicación comercial, pues es difícil que el destinatario distinga con claridad el contenido publicitario del que es meramente informativo o de elaboración particular. A tal fin, se parte de la delimitación de las comunicaciones publicitarias cuando consistan en una mención o contenido que, necesariamente, se dirija a la promoción de productos o servicios y se difundan en base a colaboraciones o compromisos recíprocos entre las partes. Ello supone la existencia de una relación previa entre el titular del perfil que anuncia la marca o el producto o servicio, y la entidad titular de la misma por la que aquel recibe una ventaja que puede ser de diversa

<sup>51</sup> Artículos 17 a 22 del Código.

<sup>52</sup> Artículos 24 a 27 del Código.

<sup>53</sup> Artículo 34. La entidad Autocontrol de la Publicidad se encarga de tramitar las reclamaciones presentadas por los consumidores, las asociaciones de consumidores y las empresas, además de elaborar códigos de conducta y velar por su adecuada aplicación y se hace cargo del servicio de consulta previa a la emisión de campañas promocionales (*Copy Advice*). La tramitación de las reclamaciones sobre transacciones electrónicas realizadas por consumidores finales se hará ante la Junta Arbitral Nacional de Consumo (o el órgano de la Comunidad Autónoma competente con el que la Asociación haya suscrito un acuerdo), previo intento de mediación realizado por la Asociación Española de Comercio Electrónico.

<sup>54</sup> Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, 2020 (para su consulta: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>, acceso en abril de 2023), aprobado por parte de Autocontrol y la Asociación Española de Anunciantes. Sobre ello, TATO PLAZA (2019), págs. 3-12; VÁZQUEZ RUANO (2021), págs. 425-464.

<sup>55</sup> Artículo 25 LCD. Por su parte, y de forma específica, también se regula en medios audiovisuales en el artículo 136 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (BOE núm. 163, de 8 de julio). Al respecto, cabe destacar la doctrina clásica en la materia, a saber: BLANCO RUIZ e IGLESIAS RUIZ (2021), págs. 315-331; DE LA CUESTA RUTE (2002), págs. 143 y 167; FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ (1989); LEMA DEVESA (1996), págs. 869-886, y (1998), págs. 73-92; TATO PLAZA (2001), págs. 573-598, y (1996), págs. 208-210; TOBÍO RIBAS (2000), págs. 1155-1208.

naturaleza y, en razón de ella, la entidad tendrá cierta influencia o supervisión sobre el contenido editado. Concretada esta primera aproximación, hemos de detenernos en la valoración de la percepción de una remuneración o cualquier otro tipo de contraprestación por parte del que emite la comunicación electrónica en su perfil. A este respecto, se establece de modo enumerativo y abierto que lo será no sólo el abono de una concreta cantidad por parte del empresario, sino también otras compensaciones indirectas y ciertos pagos en especie (p. ej., las entregas de un producto, entradas a eventos y la prestación de un servicio, o los cheques, viajes y bolsas regalo)<sup>56</sup>. En el supuesto de que se cumplan los requerimientos indicados se exige que el emisor del mensaje utilice identificativos genéricos que determinen la clara naturaleza del contenido editado en línea<sup>57</sup>, esto es la inclusión del término *hashtag* #publi, #publicidad, #en colaboración con, #patrocinado por o una expresión similar<sup>58</sup> o, cuando proceda, manifestaciones descriptivas (*gracias a, regalo de, o equivalentes*). Un planteamiento contrario supondría el incumplimiento de la exigencia de autenticidad de la comunicación publicitaria y podría incurrir en una práctica de engaño respecto del carácter comercial del mensaje que se difunde en el perfil social<sup>59</sup>. Principios autonormativos que pueden completarse con las recomendaciones recogidas en la *Guía legal para el marketing de influencers* elaborada por IAB-Spain<sup>60</sup>, y que se ocupan de las condiciones para redactar adecuadamente los contratos entre los titulares de las marcas y las personas que cuentan con un cierto reconocimiento e influencia en las plataformas de redes digitales y cuyo objeto es la promoción de la marca, o de los productos y servicios de ella.

Asimismo, el reciente *Código de tratamiento de datos en la actividad publicitaria*<sup>61</sup>, cuyos principios pretenden intensificar el deber de responsabilidad proactiva en el tratamiento de los datos personales en el ejercicio de la actividad promocional y, en consecuencia, se determina un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos en este ámbito rápido, simple y efectivo para los usuarios afectados. Este último, tiende a mejorar y apresurar la resolución de las reclamaciones en materia de protección de datos personales y la publicidad no solicitada que antes se presentaban ante la Agencia española de Protección de Datos. Respecto de la remisión de comunicaciones comerciales, se impone la necesidad de que medie el previo consentimiento expreso del destinatario y se requiere la consulta de los sistemas de exclusión publicitaria. Asimismo, a efectos de que dicha conformidad sea adecuada, es necesario que los interesados reciban la pertinente información sobre el tratamiento de los datos e informaciones que le pertenecen y cuya finalidad va a ser el ejercicio de la mercadotecnia,

<sup>56</sup> Norma 3 del Código. Algunos ejemplos van a ser: los códigos descuento, la colaboración como embajador del identificativo del producto, la organización de viajes o eventos con *influencers*, entre otros. Con independencia de su forma, se entienden que es la contraprestación recibida y queda vinculada a las correspondientes obligaciones fiscales (IRPF, IVA y, si procede, al IAE).

<sup>57</sup> Vid. BATANÁS RODRÍGUEZ (2021), págs. 388-390; TATO PLAZA (2019), págs. 49-74.

<sup>58</sup> Dictamen del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 28 de noviembre de 2019 (Sección 4.ª) en relación con la calificación del mensaje de la *influencer Paulina Eriksson —Particular (Transfronteriza ASA) vs. Paulina Eriksson, «Auriculares sin etiquetar influencer. RRSS»—*.

<sup>59</sup> Vid. la norma 3 del Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad.

<sup>60</sup> Puede consultarse la *Guía legal: Marketing de influencers* elaborada por el IAB-Spain (enero de 2016). Para su consulta: [https://iabspain.es/wp-content/uploads/2016/06/12Guialegal\\_influencers.pdf](https://iabspain.es/wp-content/uploads/2016/06/12Guialegal_influencers.pdf), acceso en abril de 2023).

<sup>61</sup> Código de tratamiento de datos en la actividad publicitaria, 2022 (puede consultarse en <https://www.aepd.es/es/documento/codigo-conducta-autocontrol.pdf>, acceso en abril de 2023).

y del proceso para ejercer el derecho de oposición al tratamiento cuando se recopilan los datos y en cada comunicación comercial que se envíe por medios electrónicos.

## V. CONCLUSIONES

El indudable progreso de las TIC ha afectado al entorno económico y empresarial y, de manera particular, en lo que respecta a la difusión de publicidad electrónica a través de los distintos canales y recursos habilitados. Ello se ha reflejado tanto en la perspectiva pragmática, como en la sistemática de las comunicaciones comerciales en línea. El recurso a estas técnicas para el desarrollo de la actividad promocional por los prestadores de servicios implica significativas ventajas que, al mismo tiempo, comportan el idóneo conocimiento y atención a las exigencias reglamentarias aplicables. La remisión de comunicaciones comerciales en línea como servicio de la sociedad de la información requiere observar los principios de la LSSIyCE, pero la carencia de un régimen sustantivo concluyente en ella, trae como consecuencia la necesidad de prestar atención, asimismo, a la actual regulación del ámbito comercial y publicitario, y a las previsiones sobre la tutela de los datos de carácter personal. Las exigencias fundamentales de la difusión promocional en línea son la necesidad de que las comunicaciones electrónicas de naturaleza comercial cumplan el pertinente deber de identificación clara y, en el caso de que el envío se lleve a cabo por correo electrónico o medio equivalente, que el destinatario lo haya solicitado o autorizado de manera expresa. Las cuestiones que esta taxonomía imprecisa generan en la práctica, así como la preocupación por alcanzar un mayor nivel de confianza y seguridad en el entorno electrónico, han tratado de superarse bien con iniciativas autonormativas, bien con las actuales reformas y propuestas regulatorias en la materia. Aun cuando algunas de ellas están en fase de debate en el seno de la UE. La razón fundamental de la dilación del trámite de aprobación cabe entender que descansa sobre los efectos de su contenido, en la medida en que van a suponer un nuevo cambio en las estrategias comerciales de las empresas establecidas en el entorno electrónico. Por su parte, desde la perspectiva pragmática, la determinación de la forma en la que pueden hacerse efectivas las obligaciones preceptivas que, en cada caso, han de cumplirse están planteando que la gratuidad de la mayor parte de los servicios que se ofrecen en el ámbito telemático deje de ser de dicha consideración. Pues, los empresarios que desean llevar a cabo prácticas comerciales electrónicas habrán de cumplir las severas exigencias que, en parte, condicionan el ejercicio promocional en el ámbito telemático.

En otro orden, el avance de la tecnología y de las plataformas que hacen posible la comunicación en línea y los sistemas de búsqueda han hecho proliferar ciertas prácticas publicitarias que no siempre atienden con rigor al principio de identificación. Las enunciaciones de la IA, el *big data*, los *bots* y otras alternativas que van surgiendo de la evolución telemática son alternativas que se emplean en el marco de la actividad de empresa y, en concreto, en cuanto a las prácticas promocionales electrónicas no siempre de la forma más adecuada en lo que afecta a la defensa de los intereses y facultades del destinatario.

En definitiva, no puede afirmarse que la sistemática sobre la publicidad en línea sea un tema concluso, antes al contrario, se requieren medidas tendentes a

solventar los problemas que se plantean en el ámbito de la seguridad electrónica referida no sólo a la perspectiva jurídica de la garantía de la información y datos personales de los mismos, sino también en un sentido más amplio cuando los usuarios solicitan ciertos servicios de la sociedad de la información, como la remisión de comunicaciones comerciales y la influencia en ellas de las reseñas y comentarios insertados en los canales de comunicación en línea.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BATANÁS RODRÍGUEZ, Sofía (2021), «Publicidad en redes sociales: la actividad de los *influencers*», en PEREA ORTEGA (dir.), *Estudios sobre Derecho Digital*, Aranzadi, Pamplona, págs. 369-400.
- BLANCO RUIZ, Alejandra, e IGLESIAS RUIZ, Julia (2021), «El Marketing a través de las redes sociales», *RA&DEM: Revista de Administración y Dirección de empresas*, 5, págs. 315-331.
- DE LA CUESTA RUTE, José María (2002), *Curso de Derecho de la Publicidad*, 2.ª ed., Eunsa. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2022), *Derecho privado de Internet*, 6.ª ed., Civitas, Madrid.
- (2022), «Plataformas de intercambio de vídeos, influyentes y *streamers* en la Ley 13/2022 General de Comunicación Audiovisual», *La Ley Unión Europea*, 106, págs. 1-13.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto (2012-2013), «Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de prácticas agresivas por acoso», *Autocontrol*, 180, págs. 12-15.
- (2010-2011), «Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de prácticas agresivas por acoso», *ADI*, 31, págs. 153-178.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, Carlos (1989), *La publicidad encubierta*, Universidad de Santiago de Compostela.
- GUILLÉN CATALÁN, Raquel (2005), *Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas*, Aranzadi, Pamplona.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael (2009), *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Pamplona.
- LEMA DEvesa, Carlos (1996), «La publicidad engañosa en el moderno Derecho español», *Estudios Homenaje al profesor Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid.
- (1998), «La publicidad indirecta», *ADI*, 19, págs. 73-92.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge (2001), *Problemática jurídica de la publicidad en Internet, en Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid.
- PANIZA FUNALLA, Antonia (2017), «Una nueva era en la privacidad y las comunicaciones electrónicas: la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 7, págs. 105-122.
- RIVERO GONZÁLEZ, M.ª Dolores (2003), «Régimen jurídico de la publicidad en Internet y las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico», *RDM*, 250, págs. 1587-1614.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia (2009), «Artículo 94 y Artículo 97. Información precontractual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, págs. 1239-1284.
- SERENA ROSSI, Lucía (2021), «Tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas: mensajes publicitarios en una forma semejante a la de correos electrónicos», *La Ley Unión Europea*, 98.

- TATO PLAZA, Anxo (1996), *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid.
- (2001), «Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales», en GÓMEZ SEGADE, J. A. (dir.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, págs. 187-223.
- (2019), «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (“influencers”)», *RDM*, 311, págs. 1-13.
- TOBÍO RIVAS, Ana M.<sup>a</sup> (2000), «La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria», *RDM*, 237, págs. 1155-1208.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad (2008), *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Marcial Pons, Madrid.
- (2010), «El *spam* y la nueva regulación de la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, 277, págs. 1083-1101.
- (2013), *La inserción de enlaces en una web. Cuestiones de propiedad industrial y competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid.
- (2021), «La promoción electrónica personalizada y la privacidad», en PEREA ORTEGA, R. (dir.), *Estudios sobre derecho digital*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, págs. 425-464.
- VVAA, TRONCOSO (dir.) (2021), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Civitas, Madrid.