

Límites jurídicos de la publicidad según el medio de difusión

Sandra Vilajoana Alejandre

PID_00239918

Tiempo de lectura y comprensión: **5 horas**





Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. Regulación de la publicidad audiovisual	7
1.1. El concepto de comunicación comercial audiovisual	11
1.2. Limitación temporal e identificación de los mensajes publicitarios	14
1.3. El derecho al patrocinio	19
1.4. El derecho al emplazamiento de producto	22
1.5. El derecho a emitir mensajes de venta	25
1.6. Comunicaciones comerciales audiovisuales prohibidas	25
1.7. La especial protección del menor en la publicidad audiovisual	27
1.8. Régimen sancionador	30
1.9. Reconocimiento y fomento de la autorregulación	34
2. Regulación de la publicidad en Internet	37
2.1. El concepto de servicios de la sociedad de la información	38
2.2. Las comunicaciones comerciales por vía electrónica	39
2.2.1. Información exigida	40
2.2.2. Prohibiciones	41
2.2.3. Los derechos de los destinatarios	42
2.2.4. La publicidad comportamental <i>on-line</i>	42
2.3. Régimen sancionador	44
3. Publicidad y protección de datos de carácter personal	51
3.1. Marco normativo	52
3.2. Conceptos básicos	55
3.3. Principios básicos	57
3.4. Derechos ARCO	60
3.5. Tratamiento de datos con fines de publicidad	63
3.5.1. Los ficheros de exclusión	66
3.6. Régimen sancionador	68
Abreviaturas	73
Bibliografía	74

Introducción

Tras abordar, en la asignatura *Régimen jurídico de la comunicación*, el alcance y contenido de la denominada *parte general del derecho de la publicidad*, esto es, la legislación aplicable a cualquier manifestación de publicidad económica, independientemente del sector de actividad en el que opere el anunciante y del medio que utilice para difundir el mensaje, en la asignatura *Derecho de la publicidad* nos detendremos en el estudio de la denominada *parte especial del derecho de la publicidad*.

A diferencia del régimen general, contenido en dos normas –la Ley 34/1988 General de Publicidad (LGP) y la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD)–, el régimen especial de la publicidad se encuentra disperso en las diversas normas que regulan algunos medios de difusión de la publicidad y también diferentes sectores de actividad.

Dado el alcance de esta asignatura, el estudio exhaustivo de la legislación especial publicitaria excedería los objetivos de la misma. Por ello, hemos seleccionado aquellos medios y sectores de la normativa especial que, o bien tienen una mayor relevancia en la práctica publicitaria, o bien nos sirven de ejemplo para reforzar la necesaria consulta de la legislación especial a la hora de idear y desarrollar determinadas campañas de publicidad.

Sobre la base de estos objetivos, dado su amplio alcance y trascendencia práctica, en este módulo abordaremos la regulación de la publicidad en sus principales medios de difusión: televisión, radio e Internet y también detallaremos los elementos esenciales de la protección de datos de carácter personal recogidos y tratados con fines publicitarios.

Objetivos

Mediante la lectura y comprensión de este módulo didáctico se pretenden alcanzar los objetivos siguientes:

- 1.** Conocer, comprender e identificar las diferentes modalidades de publicidad audiovisual y su regulación.
- 2.** Conocer los requisitos jurídicos de la publicidad realizada por vía electrónica, sus prohibiciones y los derechos de sus destinatarios.
- 3.** Conocer los principios básicos que deben observarse en materia de protección de datos de carácter personal en las acciones de publicidad directa que impliquen la recogida y tratamiento de datos personales de terceros.
- 4.** Conocer el régimen de infracciones y sanciones derivadas del incumplimiento de la legislación audiovisual, de la de los servicios de la sociedad de la información y de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.
- 5.** Conocer y valorar la incidencia de la autorregulación en la publicidad audiovisual y en la que se difunde a través de Internet.

1. Regulación de la publicidad audiovisual

La televisión sigue siendo, actualmente, el medio por excelencia desde el punto de vista publicitario. Con altos niveles de inversión, las empresas e instituciones siguen confiando en el formato audiovisual para ejecutar de la mejor forma sus mensajes y conseguir impactar en grandes audiencias. Ahora bien, en las últimas décadas los avances tecnológicos y la expansión en el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han multiplicado las posibilidades de difusión de los contenidos audiovisuales y, también de la publicidad difundida a través de estos medios.

La legislación europea y, en consecuencia, también la estatal, disponen respectivamente de una normativa específica que regula los denominados *servicios de comunicación audiovisual* y, entre otros aspectos, la denominada *comunicación comercial audiovisual*.

En el ámbito europeo actualmente rige lo dispuesto por la versión codificada en el 2010 de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (DSCAV) que viene a integrar en un único texto todas las modificaciones que se habían ido sucediendo en el texto de la anterior Directiva 89/552/CEE, conocida originariamente como Directiva de Televisión sin Fronteras (DTVSF), ya derogada.

La última modificación de esta norma¹, y también quizás la más relevante por su alcance y contenido respondió a dos objetivos:

1) por un lado, la armonización de la normativa comunitaria en el ámbito audiovisual a raíz de detectarse ciertas divergencias en la regulación de nuevos servicios y,

2) por otro, la necesidad de adecuar la normativa a los últimos avances tecnológicos y a las múltiples novedades del mercado en el sector audiovisual.

La profesora Fernando Magarzo sintetiza, como sigue, el alcance de los cambios acaecidos en el sector audiovisual europeo en los últimos años:

⁽¹⁾Recogida en la Directiva 2007/65/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre del 2007.

“Debe tenerse presente que la DTVSF fue adoptada en 1989 y a pesar de su modificación en 1997 ha habido numerosos cambios, entre otros: la convergencia de las tecnologías y los servicios (TV tradicional, TV en Internet, TV en teléfonos móviles, etc.); la expansión de la banda ancha fija (*fixed broadband*), de la TV digital y de las redes 3G; el incremento de la fórmula *pay per view* en TV, la llegada de nuevos servicios a la carta (por ejemplo, el *video on demand* o VOD); los intercambios *peer to peer* de contenidos audiovisuales; el cambio de hábitos de los espectadores que buscan que los contenidos audiovisuales se adapten a sus horarios y no al revés; y, en el ámbito publicitario, la aparición de nuevas formas de publicidad”.

Fernando Magarzo (2008)

En respuesta a la necesidad de transponer el nuevo contenido de la Directiva europea a la legislación estatal, en abril del 2010 entró en vigor en España la **Ley 7/2010**, de 31 de marzo, **General de la Comunicación Audiovisual** (LGCAV); en consecuencia, este texto derogó la anterior Ley 25/1994, de 12 de julio, de Televisión sin Fronteras (LTSF).

En el Preámbulo de la LGCAV, el legislador español reconoce el peso y la trascendencia económica que ha adquirido el sector audiovisual en los últimos años. La explotación tradicional de la radio y la televisión analógica, condicionada por la escasez de espectro radioeléctrico –y, por tanto, por una oferta pública y privada reducida– ha dado paso a la tecnología digital y, con ella, a un aumento exponencial de las señales de radio y televisión gracias a la capacidad de compresión de la señal que se incrementa y aumenta la calidad de la señal audiovisual.

Aumenta el acceso a los medios audiovisuales y se multiplican las audiencias, pero por la misma razón, estas se fragmentan. Irrumpe Internet como competidora de contenidos. Los modelos de negocio evolucionan y se desplazan. Como consecuencia de todo ello, el legislador reconoce que la normativa debe evolucionar con los tiempos y adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos.

Así, entre los **objetivos** de la LGCAV destacan los siguientes:

1) **Transponer** a la legislación española la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual.

2) **Compendiar** la normativa vigente, todavía válida, a nivel estatal, **actualizar** aquellos aspectos que han sufrido importantes modificaciones y **regular** nuevas situaciones que, hasta la fecha, carecían de marco legal. En cuanto a este objetivo, el propio legislador reconoce que hasta la fecha, la legislación audiovisual se encontraba:

“dispersa, incompleta, a veces desfasada y obsoleta, con grandes carencias para adaptarse a los tiempos y, por tanto, permanentemente sometida a cambios frecuentes, vía decreto o subsumida en otras leyes de temática diversa”.

De ahí la importancia de llevar a cabo la mencionada reforma.

3) Voluntad de permanencia: dotar a España de un marco jurídico suficientemente flexible para adaptarse al dinamismo del sector frente a la vertiginosa y continua evolución tecnológica.

La LGCAV se presenta como norma básica no solo para el sector audiovisual estatal privado sino también para el público, articula la reforma del sector y, en opinión del legislador:

“dota a España de una normativa audiovisual acorde con los tiempos, coherente, dinámica, liberalizadora y con garantías de control democrático y respeto y refuerzo de los derechos de los ciudadanos, de los prestadores y del interés general”.

En cuanto a los servicios de comunicación audiovisual públicos, la LGCAV se limita a fijar los principios mínimos que deben inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos.

Para el objeto de estudio de la asignatura, resulta especialmente relevante la publicación, en el 2011, del **Real Decreto 1624/2011**, de 14 de noviembre, **por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCAV**, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva.

Radio y televisión pública

En materia de radio y televisión pública, la normativa de referencia es la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal complementada con la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

En el mencionado Reglamento de desarrollo de la LGCAV (RDLGCAV) el propio legislador reconoce la importancia de la regulación de la comunicación comercial televisiva, tanto para los prestadores del servicio como para sus telespectadores, por lo que, además de reconocer el derecho de los prestadores a realizar comunicaciones comerciales, la nueva normativa también se debe concebir como un instrumento de protección del telespectador frente a la emisión abusiva de mensajes promocionales y publicitarios.

El objetivo del RDLGCAV es aclarar y desarrollar de una manera más amplia aquellos aspectos de la LGCAV que, en relación con la regulación de la publicidad televisiva, precisan de aclaración en pro de una mayor seguridad jurídica y del establecimiento de unas reglas de uniforme aplicación en el sector.

El RDLGCAV fue modificado por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, con el fin de adecuar con mayor exactitud la normativa española a las directrices europeas en materia de telepromociones, emplazamiento de producto y promoción de producciones audiovisuales europeas.

Para completar el marco regulador del sector audiovisual en España no podemos olvidar que algunas comunidades autónomas disponen de su propia normativa en materia audiovisual, en cuyo contenido se incluye, también, la regulación de la publicidad que se emite en medios audiovisuales autonómicos y/o locales.

Una vez realizada esta puntualización, a modo de síntesis apuntaremos que la LGCAV es un texto que regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal, sin perjuicio de las competencias reservadas a las comunidades autónomas y a los entes locales en sus respectivos ámbitos. Su contenido inicial se estructura en seis títulos:

- En el título I se recogen las disposiciones generales y las definiciones esenciales para comprender el alcance de la normativa.
- El título II establece la normativa básica para la comunicación audiovisual y, entre otros aspectos, regula, por un lado, los derechos de los ciudadanos a recibir una comunicación audiovisual plural y con contenidos adecuados al ordenamiento constitucional y, por otro, los derechos de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, entre los que destaca el **derecho a realizar comunicaciones comerciales**, ámbito objeto de estudio detallado en el presente punto.
- El título III, por su parte, contiene las normas básicas para la regulación y coordinación del mercado de comunicación audiovisual y, entre otros aspectos, dedica una sección a los denominados nuevos entrantes tecnológicos o nuevas formas de comunicación audiovisual.
- En el título IV, la LGCAV se ocupa íntegramente de la normativa básica del servicio público de televisión, radio y oferta interactiva.
- El título V, derogado por la letra g) de la disposición derogatoria de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contempló inicialmente la creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA). El CEMA, que debía ser el órgano regulador y supervisor del sector audiovisual, no llegó a ver la luz y, finalmente, en 2013 sus funciones fueron asumidas por un cuestionado macro regulador, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Por último, el título VI establece el régimen sancionador básico de la LGCAV.

Lectura recomendada

Para conocer el alcance de la legislación autonómica en materia audiovisual se recomienda consultar:

C. Lema Devesa; J. Gómez Montero (2010). *Código de Publicidad* (5.a ed.). Madrid: Marcial Pons.

Por su parte, el **RDLGACV** es un texto breve estructurado sobre la base de siete capítulos que delimitan la actividad de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual cuando realizan autopromociones o diversas formas de comunicaciones comerciales, tales como telepromociones y patrocinios, o cuando las emiten durante la retransmisión de acontecimientos deportivos.

Tras esta introducción cuya extensión se justifica por la importancia del sector audiovisual también a los efectos de la publicidad, a continuación abordaremos el contenido de la **LGCAV** en materia de regulación de la denominada *comunicación comercial audiovisual*. Al respecto, el propio legislador –en su Exposición de Motivos– concibe la ley como:

“un instrumento de protección del consumidor frente a la emisión de mensajes publicitarios en todas sus formas en cuanto a tiempo y contenidos pero también como una normativa reguladora básica para impedir abusos e interpretaciones divergentes que han llevado, en el pasado, a la apertura de expedientes y a discrepancias serias a la hora de interpretar los preceptos europeos”.

A partir del contenido de la **LGCAV** en materia de comunicación comercial, a continuación abordaremos los siguientes aspectos relacionados con los límites jurídicos de la publicidad audiovisual:

- El concepto de comunicación comercial audiovisual.
- La limitación temporal e identificación de los mensajes publicitarios.
- El derecho al patrocinio, al emplazamiento de producto y a la televenta.
- La comunicación comercial durante la retransmisión de acontecimientos deportivos.
- Las comunicaciones comerciales audiovisuales prohibidas.
- La especial protección del menor en la publicidad audiovisual.
- El régimen sancionador en materia de comunicaciones comerciales.
- El reconocimiento y fomento de la autorregulación.

1.1. El concepto de comunicación comercial audiovisual

La **LGCAV** regula, con carácter general, los denominados servicios de comunicación audiovisual de cobertura estatal siempre que el prestador del servicio se encuentre establecido en España.

A efectos de la LGCAV debemos entender por **servicios de comunicación audiovisual** “aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales”. (Artículo 2.2)

Son **modalidades** del servicio de comunicación audiovisual:

- Los **servicios de comunicación audiovisual televisiva y radiofónica**, que se prestan para el visionado o audición simultánea de programas sobre la base de un horario de programación, lo que el legislador europeo denomina *servicios lineales de comunicación audiovisual*.
- Los **servicios de comunicación audiovisual televisiva y radiofónica a petición**, que se prestan para el visionado o audición de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador o el oyente, respectivamente, y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.
- La **televisión y la radio en movilidad**, que se presta para el visionado o la audición de programas y contenidos en un dispositivo móvil.

A su vez, la LGCAV define al **prestador del servicio de comunicación audiovisual** como “la persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas. El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio”. (Artículo 2.1.)

Por último, tan solo apuntar que, adicionalmente, la LGCAV define los denominados servicios conexos e interactivos que, como su nombre indica, también se consideran servicios de comunicación audiovisual.

Así, la LGCAV define los **servicios conexos e interactivos** como “los contenidos o servicios, asociados o no a los programas audiovisuales, que son incorporados por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual o por los operadores de comunicaciones electrónicas a los que la ciudadanía puede acceder a través de distintos procedimientos vinculados o no con el canal de difusión. Este acceso puede estar o no vinculado a un canal de retorno, según el grado de interactividad del servicio que se preste”. (Artículo 2.14)

En consecuencia, una gran parte de la regulación que a continuación pasamos a exponer es aplicable a la publicidad difundida a través de cualquiera de los servicios de comunicación audiovisual anteriormente mencionados.

Antes de adentrarnos en el alcance del derecho de los prestadores de servicios a emitir mensajes publicitarios, conviene destacar que la LGCAV dedica una sección específica a la regulación de la denominada comunicación comercial en los medios audiovisuales. Así, en el marco del título II de la ley, que establece la normativa básica para la comunicación audiovisual y, más concretamente, en su capítulo II, que regula los derechos de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, encontramos la Sección 2.^a en la que se regula el derecho a realizar comunicaciones comerciales (artículos 13 a 18).

En este sentido, como el mismo título de la sección indica, la LGCAV diferencia entre el concepto, más amplio, de comunicación comercial audiovisual y las diferentes modalidades, todas ellas publicitarias, que el mismo engloba.

Así, a los efectos de la LGCAV entenderemos por **comunicación comercial audiovisual** “las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador de servicio”. (Artículo 2.24)

Y en el mismo artículo, el legislador concreta que, en todo caso, son **formas de comunicación comercial audiovisual**:

- el mensaje publicitario televisivo o radiofónico,
- el patrocinio,
- la televenta y
- el emplazamiento de producto.

Todas estas formas de comunicación comercial audiovisual están definidas en la LGCAV, junto a **otras modalidades** más o menos afines que, como veremos, también están reguladas en el marco del derecho a realizar comunicaciones comerciales; tal es el caso de:

- la telepromoción,
- la autopromoción,
- la comunicación comercial audiovisual encubierta y
- la publicidad subliminal.

Adentrándonos ya en el contenido de la LGCAV, la misma reconoce el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual (ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos) a emitir mensajes publicitarios (artículo 14.1).

Por **mensajes publicitarios** la LGCAV entiende “toda forma de mensaje de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones”. (Artículo 2.25)

Esta definición coincide, en gran medida, con el concepto de **publicidad económica** recogido en la LGP. De este modo, la definición de publicidad audiovisual es, por una parte, amplia en cuanto a formatos pero, por otra, excluye del mismo a la publicidad alejada de objetivos comerciales como, por ejemplo la publicidad institucional y la publicidad política.

En este sentido, conviene destacar que la Disposición Adicional Séptima recientemente incorporada a la LGCAV reconoce, de manera expresa, el carácter no publicitario de los anuncios de servicio público o de carácter benéfico difundidos gratuitamente por el prestador del servicio de comunicación audiovisual. De este modo, a los efectos del cómputo para no exceder los límites temporales de la publicidad, la autoridad audiovisual competente podrá resolver, a solicitud de los interesados y previamente a su emisión, sobre la no consideración como mensajes publicitarios de estas comunicaciones.

1.2. Limitación temporal e identificación de los mensajes publicitarios

La LGCAV establece las **condiciones de emisión de los mensajes publicitarios** sobre la base de tres aspectos:

- 1) la limitación cuantitativa de la misma;
- 2) el respeto a la integridad de los programas de televisión en relación con las interrupciones publicitarias y,
- 3) el principio de identificación publicitaria exigible, también y especialmente, en los medios audiovisuales.

En cuanto a los **límites cuantitativos** de la publicidad, la LGCAV diferencia entre los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva² y los prestadores de servicios radiofónicos conexos e interactivos y establece los siguientes **criterios**:

⁽²⁾En adelante servicios televisivos.

1) Los **prestadores de servicios televisivos** tienen derecho a emitir un máximo de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Para el cómputo de estos 12 minutos, la LGCAV dispone que únicamente se tendrá en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio, el emplazamiento y, por supuesto, las modalidades publicitarias no comprendidas en la propia definición jurídica de mensaje publicitario.

También se excluirá de este cómputo la telepromoción cuando se trate de un mensaje individual de duración claramente superior a la de un mensaje publicitario que supere los 45 segundos y siempre que el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj (artículo 14.1). En caso de superarse estos límites específicos para la telepromoción, el exceso se computará en el límite de 12 minutos por hora de reloj, sin perjuicio de las sanciones administrativas que, en su caso, pudieran imponerse.

Por **telepromoción** la LGCAV entiende aquella “comunicación comercial audiovisual en la que el presentador o cualquiera de los protagonistas del programa, utilizando el escenario, la ambientación y el atrezzo del programa, exponen por un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario las características de un bien o servicio, de manera que el mensaje no puede ser emitido de manera independiente al programa correspondiente”. (Artículo 2.27)

De manera complementaria, el RDLGCAV amplía las condiciones y requisitos de las telepromociones para que no computen en el cómputo de 12 minutos por hora de reloj destinados a mensajes publicitarios y televenta.

Y, en todo caso, durante la emisión de las telepromociones deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación “publicidad” (artículo 11 RDLGCAV).

2) Por otra parte, para los **servicios radiofónicos, conexos e interactivos**, no se establece limitación alguna, en tanto que se les reconoce el derecho a emitir mensajes publicitarios libremente.

3) Estas limitaciones se ven complementadas con el límite establecido para la **autopromoción** que, en ningún caso, podrá superar los 5 minutos por hora de reloj (artículo 13.2 LGCAV).

Definiciones

Las definiciones de **televenta, patrocinio y emplazamiento de producto** a los efectos de la LGCAV se recogerán posteriormente al abordar, de manera específica, la regulación de cada una de estas modalidades publicitarias.

Hora de reloj

El RDLGCAV aclara que se entenderá por **hora de reloj** cada una de las horas naturales en las que se divide el día.

La LGCAV define la **autopromoción** como aquella “comunicación audiovisual que informa sobre la programación del prestador del servicio, sobre programas o paquetes de programación determinados o sobre los productos accesorios derivados directamente de ellos”. (Artículo 2.28)

El legislador dispone que la autopromoción no se considerará comunicación comercial a los efectos de la LGCAV a pesar del mencionado límite de 5 minutos por hora de reloj y que sus contenidos estén sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial (artículo 2.2.).

El RDLGCAV amplía de manera detallada y exhaustiva los criterios para efectuar el cómputo del límite de minutos de autopromoción fijado en la LGCAV. Así, por ejemplo, el RDLGCAV concreta que computan en el límite de 5 minutos de autopromoción por hora de reloj (artículo 5):

- Los avances de programación en los que se informe a los telespectadores mediante técnicas publicitarias o promocionales de los próximos programas o paquetes de programación que se van a emitir en cualquiera de los canales cuya responsabilidad editorial compete al mismo prestador de servicio.
- Las sobreimpresiones publicitarias o promocionales sobre la programación o próximos programas que no se limiten a informar –aunque solo aparezcan en alguno de los ángulos de la pantalla, así como aquellas transparencias o sobreimpresiones que redirijan a la página web del prestador de servicio.
- Y, en general, las autopromociones de la cadena o el prestador que tengan un carácter promocional o publicitario.

Finalmente, el legislador puntualiza que todos los espacios de autopromoción en los que se mezclen o incluyan elementos publicitarios ajenos a la programación o a los productos accesorios directamente derivados de los programas, se considerarán mensajes publicitarios computables en el límite de tiempo asignado a estos, es decir, 12 minutos por hora de reloj (artículo 8 RDLGCAV).

En segundo lugar, el legislador ha procedido a regular, también, el **modo en el que la comunicación comercial se inserta en el contenido** de los medios audiovisuales.

Productos accesorios

Se entiende que los *productos accesorios* derivados directamente del programa son aquellos que realmente se identifiquen con él y cuya existencia y comercialización sería imposible sin la existencia del programa por su directa vinculación con él.

Lectura recomendada

Para conocer el alcance de la regulación de la denominada *autopromoción* se recomienda la lectura de los artículos 4 al 8 del RD1624/2011 que aprueba el RDLGCAV.

Así, como **principio general**, la LGCAV dispone que “los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman”. (Artículo 14.3)

No obstante, el legislador establece seguidamente algunos **límites** respecto a las **interrupciones permitidas** en algunos programas televisivos:

- 1) La transmisión de películas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), largometrajes y programas informativos televisivos podrá ser interrumpida una vez por cada periodo previsto de 30 minutos.
- 2) En el caso de los programas infantiles, la interrupción será posible una vez por cada periodo ininterrumpido previsto de 30 minutos, si el programa tiene una duración superior a estos 30 minutos.
- 3) Por su parte, las retransmisiones de acontecimientos deportivos por televisión únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido. En dichas retransmisiones, dispongan o no de partes autónomas, se podrán insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento.

Publicidad y retransmisión de acontecimientos deportivos

El RDLGCAV concreta, en su capítulo V, cómo se deberá llevar a cabo la inserción de mensajes publicitarios durante la retransmisión de acontecimientos deportivos.

En relación con la emisión de publicidad que interrumpa la retransmisión del acontecimiento, se considera que este se encuentra detenido en función de los respectivos reglamentos oficiales. En todo caso, cuando se produzca la interrupción y se emitan los mensajes publicitarios el prestador deberá garantizar que la retransmisión se reanude cuando se reanude el juego o deporte (artículo 15).

Cuando la inserción de la publicidad no interrumpa la retransmisión del acontecimiento, el RDLGCAV establece que los mensajes publicitarios que se realicen mediante transparencias, sobreimpresiones o publicidad virtual se podrán insertar libremente siempre que su tamaño no ocupe más de una quinta parte de la pantalla. En los mensajes publicitarios que se realicen mediante pantalla compartida o técnicas similares, se podrá efectuar la desconexión del audio de la narración del acontecimiento siempre que se mantenga una ventana de, al menos, el 60 por ciento de la superficie de la pantalla para el seguimiento del acontecimiento. En caso de no desconectar el audio de la narración, la ventana para seguir el acontecimiento podrá reducirse al 40 por ciento. En todos los casos, la ventana para seguir el acontecimiento deberá quedar exenta de publicidad (artículo 16).

Con carácter general, el RDLGCAV dispone que en los casos en que la publicidad se lleve a cabo mediante transparencias o publicidad virtual, locuciones verbales por parte del locutor y en los supuestos de pantalla compartida deberá superponerse de forma clara y legible la indicación “publicidad” durante todo el tiempo que duren las mismas (artículo 17.2).

Las repeticiones de jugadas o de momentos durante la retransmisión forman parte integrante de dicha retransmisión, por lo que la inserción de publicidad durante las mismas deberá someterse a los criterios mencionados anteriormente, con la excepción de las repeticiones de jugadas emitidas durante los descansos o tras la finalización del acontecimiento (artículo 17.3).

Por último, el RDLGCAV establece que la transmisión de acontecimientos deportivos en diferido estará sujeta a las mismas condiciones que los emitidos en directo siempre que

se trate de la primera difusión en abierto y no hayan transcurrido más de 24h desde la finalización del acontecimiento (artículo 17.4).

4) No se podrá insertar publicidad televisiva ni televenta durante los servicios religiosos.

A este respecto, el RDLGCAV aclara que a efectos del número de interrupciones permitidas –que, como hemos visto, no podrá ser superior a una por cada período previsto de 30 minutos–, se entenderá que la duración prevista en el caso de las películas para televisión, largometrajes y programas informativos e infantiles es el lapso de tiempo total de duración de estos programas, excluyendo la duración de los espacios publicitarios y autopromocionales existentes dentro de los mismos.

En tercer lugar, para concluir las condiciones del ejercicio del derecho a emitir mensajes publicitarios, la LGCAV recuerda la importancia de cumplir con el **principio de identificación publicitaria** también contemplado, con carácter general, en la LGP y que ahora se aplica, en particular, a la comunicación comercial audiovisual.

Así, la LGCAV establece la **obligación** de diferenciar claramente tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente. Además, el nivel sonoro de los mensajes publicitarios no podrá ser superior al nivel medio del programa anterior (artículo 14.2).

Con el objetivo de velar por el cumplimiento efectivo del principio de identificación, el legislador concreta que:

“en la emisión de publirreportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación «publicidad»”.

(Artículo 14.3)

De este modo, la LGCAV pretende garantizar el derecho del público a una comunicación audiovisual transparente y, más concretamente, el reconocimiento expreso en la propia ley al derecho de todas las personas:

“a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales, en los términos previstos en la normativa vigente”.

(Artículo 6.5)

Por último, cabe destacar en este punto que, adicionalmente, la LGCAV también reconoce a los prestadores el **derecho a crear canales de comunicación comercial** –en este caso únicamente a los prestadores privados– y, los ya mencionados, **programas o anuncios de autopromoción** en los siguientes términos (artículo 13):

- Respecto a los canales dedicados exclusivamente a emitir mensajes publicitarios y mensajes de venta por televisión, el legislador dispone que los mensajes de los citados programas estarán sometidos al régimen general de la LGCAV (excepto, como hemos visto, a lo dispuesto en materia de limitaciones de tiempo) y a la normativa específica sobre publicidad.
- En cuanto al derecho a emitir programas que informen sobre su programación o anuncios de sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de estos, la LGCAV reitera que ni los mencionados programas ni los anuncios se considerarán comunicación comercial a los efectos de la LGCAV. No obstante, recordemos que los contenidos de la autopromoción de programas o productos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial.

1.3. El derecho al patrocinio

La LGCAV regula, de manera específica, las cuatro modalidades de comunicación comercial mencionadas en su propia definición. Tras comentar el alcance del derecho a emitir mensajes publicitarios, abordaremos a continuación el contenido del derecho al patrocinio, del derecho al emplazamiento de producto y, por último, del derecho a emitir mensajes de venta.

La LGCAV reconoce a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual “el derecho a que sus programas sean patrocinados, excepto los de contenido informativo de actualidad”. (Artículo 16.1)

De ello se desprende, en consecuencia, el derecho de empresas y profesionales a patrocinar programas audiovisuales en los términos que detallaremos a continuación.

A los efectos de la LGCAV, por **patrocinio** entenderemos “cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos”. (Artículo 2.29)

Así, como afirma el profesor Rozados Oliva (2009), por medio del patrocinio el anunciante, en este caso patrocinador, contribuye a la financiación del programa audiovisual a cambio de la referencia expresa a dicha participación como patrocinador del mismo.

El legislador regula el patrocinio audiovisual a partir de las siguientes **obligaciones y prohibiciones** (artículo 16):

1) Se establece la obligación de informar claramente al público del patrocinio al principio, al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan o al final del programa mediante el nombre, el logotipo, o cualquier otro símbolo, producto o servicio del patrocinador. Mediante la inclusión de esta obligación, el legislador pretende garantizar, una vez más, el cumplimiento del principio de identificación publicitaria.

2) El patrocinio no puede condicionar la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual.

3) Como ya hemos avanzado, se prohíbe el patrocinio de programas de contenido informativo de actualidad, definidos en el RDLGCAV como:

“el equivalente a un telediario o un boletín de noticias, incluidos los programas de investigación o reportajes sobre las noticias políticas o económicas de actualidad”.

(Artículo 13)

4) También se prohíbe que el patrocinio incite directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a estos. De otro modo, el patrocinio se alejaría de su propia definición y podría confundirse con otras modalidades publicitarias.

5) Por último, el legislador establece que el patrocinio no puede afectar al contenido del programa o comunicación audiovisual patrocinados ni a su horario de emisión de manera que se vea afectada la responsabilidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual.

En relación con la limitación temporal de la comunicación comercial audiovisual, el RDLGCAV recoge, en su artículo 12, las siguientes **condiciones y requisitos** del patrocinio para que este no compute como mensaje publicitario en el límite de 12 minutos fijado por la normativa:

1) Que exista un contrato u orden de patrocinio entre el productor del programa patrocinado o el prestador del servicio o, en su caso, el titular, cedente o licenciante de los derechos del evento emitido y la entidad patrocinadora del programa.

2) El patrocinio ha de estar referido a un programa de televisión y, en consecuencia, no pueden considerarse como tal los patrocinios de secciones de programas, ni de avances de programación o de cualquier comunicación audiovisual que informe sobre programas o sobre productos accesorios derivados de estos. Por el contrario, sí se admitirá, por una parte, el patrocinio de subprogramas que constituyan una unidad programática en sí mismos y se incluyan de forma autónoma en la Guía electrónica de programación y, por otra, también se admitirán los patrocinios de los avances de los programas únicamente en aquellos casos en que los patrocinios formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.

3) Con carácter general, la duración del patrocinio no podrá exceder los 10 segundos. En los supuestos de concurrencia de varios patrocinadores cuya presencia venga impuesta por el titular y cuya imagen deba ser mostrada de forma independiente, su duración máxima será de 30 segundos con el límite máximo de 10 segundos por cada espacio de patrocinio.

4) El patrocinio debe ir colocado inmediatamente antes o inmediatamente después del programa patrocinado, o al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan, como se indica en la LGCAV. No se admite la emisión de patrocinios durante el transcurso de los programas.

5) En relación con la obligación de informar claramente al público del patrocinio –mencionada en el artículo 16 de la LGCAV–, el RDLGCAV puntualiza que la identificación del patrocinador puede realizarse de manera verbal, visual o de ambas formas. No obstante, a efectos de exclusión de cómputo no se admitirá ningún tipo de mensaje verbal o visual que incite directamente a la compra o arrendamiento de productos, bienes o servicios, en particular mediante referencias de promoción concretas a estos.

Finalmente, el RDLGCAV dispone que todos aquellos casos en los que no se respeten las condiciones anteriores determinarán que el patrocinio se compute dentro del límite máximo de los 12 minutos por hora de reloj destinado a las comunicaciones comerciales.

El patrocinio es una modalidad publicitaria que, tradicionalmente, se ha asociado a actividades deportivas, benéficas, culturales, científicas, etc. Resulta un tanto sorprendente que, en el marco del amplio listado de definiciones recogidas en el artículo 2 de la LGCAV, el legislador haya incluido también la definición del patrocinio cultural.

Así, a los efectos de la LGCAV se entenderá por **patrocinio cultural** “cualquier contribución de una institución, empresa o fundación a la producción de obras audiovisuales, programas de radio y televisión y/o contenidos digitales de temática cultural, social o de promoción del deporte, con la finalidad de promocionar su actividad, marca y/o imagen o como expresión de su responsabilidad social corporativa”. (Artículo 2.30)

A pesar de ello, en el contenido de la LGCAV no encontramos ninguna referencia posterior a esta figura específica, motivo por el cual se entiende que su regulación quedará sujeta a las prohibiciones y obligaciones de carácter general antes descritas.

1.4. El derecho al emplazamiento de producto

A pesar de ser una modalidad publicitaria de notable crecimiento en las últimas décadas, con carácter previo a la aprobación de la nueva LGCAV, la legislación audiovisual no contemplaba la regulación específica del emplazamiento de producto o *product placement*, según su denominación en inglés. No obstante, el emplazamiento de producto fue considerado, durante años, la manifestación más característica de la publicidad encubierta por los motivos que expondremos tras abordar su definición.

A los efectos de la LGCAV entenderemos por **emplazamiento de producto** “toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa”. (Artículo 2.31)

Sobre la base de su propia definición, la práctica del emplazamiento de producto comporta el riesgo de que el espectador que se encuentra ante la pantalla de televisión, en el cine o navegando por Internet no perciba el carácter publicitario de la presencia de las marcas en el contenido audiovisual en cuestión, incumpliendo, en consecuencia, el principio de identificación publicitaria.

Ante esta situación y el debate generado acerca de la posible ilicitud de una práctica que, desde el punto de vista de productoras y medios, resulta una importante fuente de ingresos, en el 2007, el legislador europeo distinguió por vez primera entre la **publicidad encubierta** y el **emplazamiento de produc-**

to, a la vez que mantuvo la prohibición genérica de la primera y prohibió la segunda a excepción de que el emplazamiento de producto cumpla con una serie de requisitos.

No obstante, el legislador europeo, consciente de la controversia generada por esta modalidad publicitaria, dejó a criterio de los Estados miembros el permitir o no las mencionadas excepciones de acuerdo con la naturaleza de mínimos de la Directiva 2007/65/CE, el texto que incorporó estos cambios.

En este contexto, a la hora de transponer el contenido de la directiva, el legislador español ha optado por seguir, en buena medida, las directrices europeas.

Así, la nueva LGCAV reconoce a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual “el derecho a emitir con emplazamiento de productos largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento”. (Artículo 17.1)

De este modo, el legislador español autoriza el emplazamiento de producto únicamente en los mencionados programas de televisión y, además, matiza que:

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

(Artículo 17.1)

A estos efectos, el RDLGCAV establece que por valor significativo se entenderá cuando el importe de los referidos bienes y servicios incluidos en el programa sea superior en un diez por ciento a la tarifa estándar establecida para un mensaje publicitario correspondiente a la franja horaria en la que se emite el programa donde se incluyen.

Mediante esta serie de excepciones el legislador confirma el criterio de la contraprestación económica como elemento esencial a la hora de probar el carácter comercial del emplazamiento de producto.

Adicionalmente, la LGCAV establece una estricta regulación del emplazamiento de producto en base a los **requisitos** siguientes:

1) En primer lugar, se establece la obligación de informar claramente al público del emplazamiento de productos al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria en los supuestos en los que el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales.

Mediante esta obligación, el legislador pretende velar, de nuevo, por el principio de identificación publicitaria y excluye de tal obligación a los programas que no hayan sido producidos ni encargados por el prestador de servicios o una de las filiales. De este modo, el legislador español reconoce las dificultades técnicas y también jurídicas que comportaría el hecho de alterar el contenido de un producto audiovisual internacional en cuyo país de origen la regulación del *product placement*, en caso de existir, fuera menos restrictiva.

En cuanto a la forma en la que se debe llevar a cabo la identificación, Fernando Magarzo (2008) destaca que la LGCAV española no prevé expresamente la posibilidad de que la identificación del emplazamiento de productos se lleve a cabo a través de un “logo neutro”. No obstante, la doctrina, a la luz de la legislación europea, entiende que no es necesario identificar a todas y cada una de las empresas o marcas de las que se realizan emplazamiento de productos en un programa, sobre todo en la reanudación del mismo tras los cortes publicitarios; de ahí que, en la práctica, algunas televisiones ya utilicen un logotipo con la indicación “emplazamiento publicitario” situado en el ángulo superior izquierdo de la pantalla que indica, de manera genérica, que en ese programa se lleva a cabo el emplazamiento de productos.

2) El emplazamiento de productos no puede condicionar la independencia editorial del prestador del servicio.

3) El emplazamiento tampoco puede incitar directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios ni realizar promociones concretas de estos, pues en tal caso se alejaría de las notas características que lo definen y diferencian de otras modalidades publicitarias.

4) El legislador también prohíbe dar una prominencia indebida al producto en el contexto del programa en el que se inserte.

5) Y, por último, queda prohibido en todo caso el emplazamiento de productos en la programación infantil, al considerarse que los menores pueden tener mayor dificultad para, a pesar de la señalización, percibir los objetivos comerciales de esta práctica.

Así, tras años de polémica, la nueva LGCAV intenta conjugar los intereses de los consumidores –básicamente el derecho a la identificación y diferenciación de los contenidos publicitarios– con los intereses de la industria audiovisual de conseguir financiación y poder desarrollar, así, nuevos programas.

Cabe recordar y destacar, por último, que la DSCAV deja abierta a los Estados miembros la posibilidad de restringir la regulación del emplazamiento de productos en el marco de sus propios estados. Así, antes de plantear una acción de carácter internacional basada en el *product placement* será necesario consultar la legislación audiovisual vigente en cada uno de los estados contemplados.

1.5. El derecho a emitir mensajes de venta

La LGCAV reconoce a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual el “derecho a emitir mensajes de venta por televisión” (artículo 15).

La propia LGCAV define la **televenta** como “la comunicación audiovisual televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”. (Artículo 2.26)

A pesar de que el legislador contempla expresamente la televenta como una de las modalidades de comunicación comercial audiovisual, el alcance de su propia regulación plantea dudas acerca de su carácter publicitario. Como afirma Rozados Oliva, mediante la televenta:

“el anunciante va más allá de la mera presentación del producto o servicio, ofreciendo directamente su adquisición, de ahí que se pueda plantear si estamos ante un hecho publicitario o ante un programa”.

Rozados Oliva (2009)

De hecho, el propio legislador utiliza el término *programa* al reconocer a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual...

“el derecho a emitir programas de televenta siempre que tengan una duración ininterrumpida mínima de quince minutos”.

(Artículo 15.2 LGCAV)

No obstante, el hecho de que el legislador español someta a la televenta, de manera expresa, a lo dispuesto en la propia LGCAV en materia de emisión de mensajes publicitarios y, adicionalmente, al contenido de la normativa específica sobre publicidad, viene a confirmar la naturaleza publicitaria de esta práctica (artículo 15.1).

1.6. Comunicaciones comerciales audiovisuales prohibidas

Con carácter adicional a las modalidades de publicidad ilícita prohibidas en la LGP, la LGCAV prohíbe, en su artículo 18, las siguientes comunicaciones comerciales audiovisuales de manera general y en cualquiera de sus formas:

1) En primer lugar –en una clara reiteración con el artículo 3 apartado a) de la LGP– la LGCAV prohíbe toda **comunicación comercial audiovisual que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación** por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Del mismo modo, la ley prohíbe la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

2) En segundo lugar, la LGCAV prohíbe la **comunicación comercial encubierta**, esto es, la denominada comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta que el propio legislador define como:

“la presentación, verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento de producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador de servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación.

Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador del servicio”.

(Artículo 2.32)

Mediante esta prohibición, el legislador refuerza, con carácter general y más allá de la regulación del emplazamiento de producto, su compromiso con los derechos del destinatario de la publicidad a identificar el carácter publicitario de los mensajes, directos o indirectos, y su derecho a la diferenciación de la comunicación comercial del resto de contenidos.

3) En tercer lugar, la LGCAV también prohíbe la **publicidad que utilice técnicas subliminales**. En este punto, cabe destacar que la definición contenida en la LGCAV coincide en sentido literal con la contemplada, con carácter general, en la LGP.

Por tanto, solo cabe recordar que, desde el punto de vista jurídico, es **publicidad subliminal** “la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”. (Artículo 2.33)

4) En cuarto lugar, la LGCAV prohíbe la comunicación comercial que fomente **comportamientos nocivos para la salud**. En el marco de esta prohibición general, el legislador concreta que, en todo caso, está prohibida:

a) La comunicación comercial de cigarrillos y demás productos de tabaco, así como de las empresas que los producen.

b) La comunicación comercial destinada al público de medicamentos que necesiten receta médica para su dispensación, que se financien con fondos públicos y que constituyan sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

También se prohíbe la comunicación comercial, directa o indirecta, dirigida al público de productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud.

c) La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas:

- Con un nivel superior a 20 grados.
- Con un nivel inferior a 20 grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20:30 horas y las 6:00 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.

d) La comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomenta el consumo inmoderado o asocia el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud.

5) En quinto lugar, la LGCAV prohíbe la comunicación comercial que fomente **comportamientos nocivos para el medio ambiente**.

6) En sexto lugar, la LGCAV prohíbe la comunicación comercial que fomente **comportamientos nocivos para la seguridad de las personas**.

7) Por último, la LGCAV prohíbe la **comunicación comercial televisiva** –no radiofónica– **de naturaleza política**, salvo en los supuestos previstos por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG); esto es, **durante el período legal de campaña electoral** (artículo 53 LOREG).

A modo de cierre, el artículo 18 de la LGCAV incorpora una cláusula mediante la que el legislador reitera que:

“toda comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad”.

(Artículo 18.7)

1.7. La especial protección del menor en la publicidad audiovisual

De igual modo que sucedía en la LGP y en la LCD –las dos normas que conforman la parte general del derecho de la publicidad– la LGCAV contempla a los menores de edad como sujetos de especial protección dentro del público destinatario de los servicios de comunicación audiovisual.

Así, la LGCAV recoge, de manera específica, los **derechos del menor** en su artículo 7, en el marco del capítulo destinado a regular los derechos del público en general en relación con los servicios de comunicación audiovisual.

Del contenido general de la LGCAV en materia de protección del menor, a continuación abordaremos aquellos aspectos relacionados, directa o indirectamente, con la emisión de comunicación comercial.

Así, en primer lugar nos detendremos en las **prohibiciones que afectan a los contenidos generales de los servicios de comunicación audiovisual**, en tanto que estas afectan indirectamente a la planificación de medios publicitarios. Así, en garantía de los derechos del menor, el legislador limita en los siguientes términos ciertas emisiones audiovisuales:

1) En primer lugar, la LGCAV prohíbe, con carácter general,

“la emisión en abierto de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita”.

(Artículo 7.2)

2) También con carácter general, el legislador establece que:

“aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse entre las 22:00 y las 6:00 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. El indicador visual habrá de mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos”.

(Artículo 7.2)

3) Asimismo, el legislador dispone:

“tres franjas horarias consideradas de protección reforzada tomando como referencia el horario peninsular: entre las 8:00 y las 9:00 horas y entre las 17:00 y las 20:00 horas en el caso de los días laborables y entre las 9:00 y las 12:00 horas sábados, domingos y fiestas de ámbito estatal”.

Los contenidos calificados como recomendados para mayores de 13 años deberán emitirse fuera de esas franjas horarias, manteniendo a lo largo de la emisión del programa que los incluye el indicativo visual de su calificación por edades.

Tomando como referencia estas prohibiciones y franjas horarias de especial protección al menor, el legislador establece la siguiente **regulación específica de las comunicaciones comerciales de carácter comercial**:

1) Por una parte, en horario de protección al menor, la LGCAV prohíbe a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual

“insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética”.

(Artículo 7.2)

Protección festivos

El mismo artículo 7.2 de la LGCAV establece que:

“será de aplicación la franja de protección horaria de sábados y domingos a los siguientes días: 1 y 6 de enero, Viernes Santo, 1 de mayo, 12 de octubre, 1 de noviembre y 6, 8 y 25 de diciembre”.

La introducción de esta prohibición en la nueva LGCAV reduce, por tanto, el horario de emisión de comunicaciones comerciales de los productos anteriormente mencionados a la franja horaria comprendida entre las 22:00 y las 6:00 horas.

2) Por otra parte, la LGCAV dispone explícitamente que las comunicaciones comerciales no deberán producir perjuicio moral o físico a los menores.

En consecuencia, el legislador establece una serie de limitaciones a las comunicaciones comerciales que, como veremos, se limitan a recordar y trasladar a la publicidad audiovisual las medidas de protección del menor contempladas en diversos supuestos tipificados en la LGP y la LCD. Así, la LGCAV establece que las comunicaciones comerciales (artículo 7.3):

a) No deben incitar directamente a los menores a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad.

b) No deben animar directamente a los menores a que persuadan a sus padres o terceros para que compren bienes o servicios publicitados.

c) No deben explotar la especial relación de confianza que los menores depositan en sus padres, profesores, u otras personas.

d) No deben mostrar, sin motivos justificados, a menores en situaciones peligrosas.

e) No deben incitar conductas que favorezcan la desigualdad entre hombres y mujeres.

f) Las comunicaciones comerciales sobre productos especialmente dirigidos a menores, como los juguetes, no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el menor para utilizarlas sin producir daño para sí o a terceros.

Por último, únicamente mencionar que, en materia audiovisual, el legislador mantiene la tendencia de fomentar el reconocimiento e impulso de los **códigos de conducta** también observada, con carácter general, en la reforma de la LCD.

Así, en relación con la protección del menor, la LGCAV establece que:

“la autoridad audiovisual competente promoverá entre los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva el impulso de códigos de conducta en relación con la comunicación comercial audiovisual inadecuada, que acompañe a los programas infantiles o se incluya en ellos, de alimentos y bebidas que contengan nutrientes y sustancias con un efecto nutricional o fisiológico, en particular aquellos tales como grasas, ácidos transgrasos, sal o sodio y azúcares, para los que no es recomendable una ingesta excesiva en la dieta total”.

(Artículo 7.4)

En España se da la circunstancia de que, como apunta Fernando Magarzo (2010), los operadores de televisión estatales y autonómicos se avanzaron a la recomendación del legislador y suscribieron en septiembre del 2009, con carácter previo a la aprobación de la LGCAV, su adhesión al **Código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud** (Código PAOS).

El Código PAOS fue impulsado por la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) y entró en vigor en septiembre del 2005. Este código está suscrito por las treinta y tres principales empresas de alimentación y bebidas y dos del sector de la restauración; su aplicación se lleva a cabo por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol).

1.8. Régimen sancionador

La LGCAV establece, en su título IV, el régimen sancionador básico en materia audiovisual y, a modo de principio general, el legislador dispone que, en este ámbito, el procedimiento sancionador se regirá según lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y por su desarrollo reglamentario (artículo 55 LGCAV).

De este modo, por extensión, la LGCAV establece la **vía administrativa** como medio de supervisión, control y represión de las comunicaciones comerciales difundidas a través de los servicios de comunicación audiovisual.

Además, la LGCAV contempla un amplio listado de infracciones que clasifica, en función de su gravedad, en tres categorías: infracciones muy graves (artículo 57), graves (artículo 58) y leves (artículo 59).

Sobre la base de estas tres categorías, la LGCAV establece el correspondiente régimen sancionador (artículo 60).

En relación con el objeto de estudio de esta asignatura, a continuación detallaremos el listado de infracciones relacionadas con la emisión de comunicaciones comerciales y detallaremos, paralelamente, las sanciones asociadas.



Lectura recomendada

El texto completo del Código PAOS puede descargarse desde la página web de Autocontrol.

A los efectos de la LGCAV son **infracciones muy graves**, sancionables con multa de 500.001 hasta 1.000.000 de euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 100.001 a 200.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas:

- La emisión de comunicaciones comerciales que vulneren la dignidad humana o utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.
- La comisión dos veces en un día y en un mismo canal de comunicación audiovisual de la infracción grave de incumplir el límite de tiempo de emisión por hora de reloj dedicado a la publicidad y a la televenta (12 minutos), cuando exceda en un veinte por ciento de lo permitido.
- La acumulación de cuatro infracciones graves en un mismo año natural.

Por su parte, a los efectos de la LGCAV, son **infracciones graves**, sancionables con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 50.001 a 100.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas:

- La vulneración de la prohibición, y en su caso de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, previstas en el artículo 7.2.; entre ellas, recordemos, la prohibición de insertar en horario de protección al menor comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen.
- El incumplimiento de las instrucciones y decisiones de la autoridad audiovisual.
- El incumplimiento del límite de tiempo de emisión por hora de reloj dedicado a la publicidad y a la televenta (12 minutos), cuando exceda en un veinte por ciento de lo permitido.
- El incumplimiento del resto de las condiciones establecidas en la LGCAV para la realización de las distintas formas de comunicación comercial previstas en los artículos 14 (derecho a emitir mensajes publicitarios), 15 (derecho a emitir mensajes de venta), 16 (derecho al patrocinio) y 17 (derecho al emplazamiento de producto) que no estén incluidas en la tipificación del apartado anterior. Además, el legislador puntualiza que el incumplimiento en la misma comunicación comercial de dos o más condiciones de las previstas en los artículos anteriormente mencionados únicamente dará lugar a una sanción. Asimismo, el incumplimiento de una de las con-

diciones previstas en los citados artículos no podrá dar lugar, además, a la sanción por comunicación comercial encubierta.

- La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas, que utilicen técnicas subliminales, que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el artículo 18.3, que fomenten comportamientos nocivos para el medio ambiente o para la seguridad de las personas, o que sean de naturaleza política, salvo los casos de excepción legal, o que incurran en las prohibiciones establecidas en la normativa de publicidad.
- El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 que, recordemos, reconoce el derecho de autorregulación del prestador de servicios de comunicación audiovisual.
- La acumulación de cuatro infracciones leves en un mismo año natural.

Por último, la LGCAV tipifica como **infracción leve** el incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves. Las infracciones leves serán **sancionadas** con multa de hasta 100.000 euros para los servicios de comunicación televisiva y hasta 50.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas.

Determinación de la cuantía de la sanción

Al efecto de determinar la cuantía exacta de la sanción, dentro de los límites indicados, el artículo 60.4 de la LGCAV establece que la misma se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- 1) la inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida;
- 2) haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores;
- 3) la gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona;
- 4) la repercusión social de las mismas, y
- 5) el beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

Además, la LGCAV también dispone que las cuantías señaladas serán actualizadas periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios de consumo (artículo 60.5).

Con carácter general, la LGCAV reconoce a la autoridad competente para la imposición de la sanción la potestad para acordar que esta lleve aparejada la obligación de difundir la parte resolutive de las mismas.

Otro aspecto muy relevante desde el punto de vista de los profesionales de la publicidad es el **régimen de responsabilidad** por la comisión de las mencionadas infracciones (artículo 61.1 LGCAV).

En este sentido, con carácter general, el legislador establece que la responsabilidad administrativa por las infracciones de la LGCAV es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual. Por ello, a los efectos de la correcta dilucidación de la responsabilidad administrativa, la ley exige a los prestadores del servicio el archivo durante un plazo de seis meses, a contar desde la fecha de su primera emisión, de todos los programas emitidos, incluidas las comunicaciones comerciales y el registro de los datos relativos a tales programas.

A modo de **excepción**, con relación a la responsabilidad por infracción de la normativa publicitaria, la LGCAV establece que:

“no incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad”.

(Artículo 60.2)

En tales casos, para quedar exento de responsabilidad el prestador del servicio deberá cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.

De este modo, la LGCAV hace recaer la responsabilidad por publicidad ilícita en el profesional de la publicidad que es quien, en teoría, debería tener un mejor conocimiento de los límites jurídicos que condicionan su actividad.

Por último, no podemos concluir el estudio de la regulación de la publicidad audiovisual sin mencionar que actualmente, y desde 2013, el organismo encargado de la supervisión y control del cumplimiento de la legislación audiovisual es la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** (CNMC) y, más concretamente, su Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.

En su redacción original, la LGCAV previó la creación del *non nato* Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), que debía configurarse como un organismo independiente de regulación, supervisión y sanción de la actividad y contenidos de los medios audiovisuales, también en materia de comunicación comercial. Tres años después de la entrada en vigor de la LGCAV, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia confirmó que sería un cuestionado macro regulador quien

asumiría las funciones inicialmente previstas para el CEMA. Justificada, en gran medida, sobre la base del criterio de austeridad, la CNMC ha planteado serias dudas en relación con su independencia y escasa especialización.

Entre sus funciones, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC tiene encomendada la supervisión y el control del correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual. En materia de publicidad audiovisual, la Ley de creación de la CNMC dispone que el organismo deberá (artículo 9):

- Controlar el cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales impuestos por la LGCAV.
- Controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas para hacer efectivos los derechos del menor conforme a lo establecido en la LGCAV. En el ejercicio de esta función, la CNMC deberá coordinarse con el departamento ministerial correspondiente respecto a sus competencias en materia de publicidad, patrocinio y promoción de las actividades de juego, a efectos de hacer efectivos los derechos del menor y de las personas con discapacidad.
- Velar por el cumplimiento de los códigos de autorregulación sobre contenidos audiovisuales verificando su conformidad con la normativa vigente en los términos establecidos en la LGCAV.
- Resolver sobre el carácter no publicitario de los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, previa solicitud de los interesados, de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional séptima de la LGCAV.

Conviene destacar también el firme compromiso en materia de transparencia asumido por la CNMC que le obliga, por ejemplo, a informar regularmente de sus actividades. En este sentido, desde su creación, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC publica en su página web todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes con las cautelas y procedimientos recogidos en la ley.

1.9. Reconocimiento y fomento de la autorregulación

En línea con la voluntad del legislador comunitario, la LGCAV reconoce de manera expresa el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a la autorregulación (artículo 12).

De esta forma, el legislador reconoce el derecho de los prestadores a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración. A modo de garantía de su eficacia, la LGCAV establece que:

“dichos códigos deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual y colectivo”.

(Artículo 12.1)

Cuando un prestador apruebe o se adhiera a un código ya existente, deberá comunicarlo, por un lado, a las autoridades audiovisuales competentes para su verificación y publicación y, por otro, al correspondiente organismo de representación y consulta de los consumidores; en el caso de prestadores de ámbito estatal, este organismo será el Consejo de Consumidores y Usuarios.

Además, la LGCAV también refuerza el reconocimiento de la autorregulación al mencionarla, de nuevo, en el marco de la participación del público en el control de los contenidos audiovisuales (artículo 9). Así, el legislador reconoce que el mencionado control se realizará de conformidad con los códigos de autorregulación, además del ordenamiento vigente. Asimismo, la ley establece específicamente que:

“cuando el contenido audiovisual contradiga un código de autorregulación suscrito por el prestador, la autoridad requerirá a este la adecuación inmediata del contenido a las disposiciones del código o la finalización de su emisión”.

(Artículo 9.3)

Además, la LGCAV exige a las autoridades audiovisuales que velen por el cumplimiento efectivo de los códigos hasta tal punto que, como hemos visto, el incumplimiento de los mismos se considera una infracción grave a los efectos de la LGCAV.

Por último, conviene destacar que la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC –que integra, recordemos, la autoridad audiovisual estatal– aboga, de manera explícita, por el fomento de la corregulación en materia publicitaria. Así, en su disposición adicional 17ª, establece que la CNMC podrá firmar acuerdos de corregulación con sistemas de autorregulación publicitaria que se ajusten a la legislación para coadyuvar el cumplimiento de los límites impuestos al derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales. Fruto de este reconocimiento, en 2015 la CNMC y la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol) firmaron un acuerdo para el fomento de la corregulación sobre las comunicaciones comerciales en televisión.

Según este acuerdo, la CNMC reconoce la utilidad de la autorregulación y, en particular, valora positivamente el sistema de consulta previa –o *copy advice*– gestionado por Autocontrol, que ayuda a garantizar la correcta aplicación y cumplimiento de, entre otras, la LGCAV. En consecuencia, el texto del acuerdo

Referencia web

Para conocer los detalles del funcionamiento y los servicios que ofrece Autocontrol se recomienda consultar su página web.

recoge que se fomentará entre los operadores de televisión y los anunciantes el uso voluntario del *copy advice*®, cuyo informe no vinculante, en caso de ser positivo, será tenido en cuenta como muestra de diligencia en caso de posteriormente abrir la CNMC un expediente administrativo.

De este modo, Autocontrol asume, por su parte, el compromiso de mantener regularmente informada a la CNMC sobre las decisiones que adopte su Jurado de la Publicidad, así como de su actividad de control previo de la publicidad, debiendo facilitar a la CNMC, si así lo solicita, los informes de consulta previa positivos que hubiera emitido sobre comunicaciones audiovisuales difundidas por televisión.

Por otra parte, por iniciativa propia o a consecuencia de una denuncia recibida, la CNMC podrá requerir a Autocontrol su parecer y su intervención sobre comunicaciones comerciales concretas que no hubieran sido objeto de consulta previa. En el marco del acuerdo también se establece que la CNMC podrá consultar a Autocontrol, en los términos legalmente establecidos, sobre aquellos proyectos normativos que afecten a la actividad publicitaria. Por su parte, Autocontrol podrá solicitar la cooperación y apoyo técnico de la CNMC para la emisión de dictámenes, estudios, proyectos y resoluciones.

Para la puesta en marcha y seguimiento del desarrollo y aplicación del acuerdo, el mismo contempla la creación de una comisión formada por tres representantes de la CNMC y tres de Autocontrol. Entre sus funciones, esta comisión se encargará también de velar por el cumplimiento del acuerdo y de resolver conflictos y discrepancias. Todo ello, sin que, en ningún momento, la CNMC deje de ejercer sus funciones de inspección, control y sanción sobre los servicios de comunicación audiovisual.

2. Regulación de la publicidad en Internet

Como apuntamos al abordar la evolución del sector audiovisual, los avances tecnológicos y el desarrollo y expansión de las tecnologías de la información y la comunicación han conllevado la aparición de nuevos medios al servicio de anunciantes y agencias para la difusión de los mensajes publicitarios.

A mediados de los años noventa del pasado siglo, la aparición y popularización de la World Wide Web convirtió a Internet en un gran espacio en el que compartir información y, también, en un espacio de actividad económica. Veinte años después, la Red es, actualmente, un medio al que cada día acceden millones de personas para consultar y/o compartir información, trabajar en línea o realizar transacciones electrónicas. El consumidor es, también, usuario de la red y los anunciantes utilizan, cada vez más, Internet para hacer llegar sus mensajes a los destinatarios de su publicidad.

Como apunta el profesor Peguera Poch (2010), el creciente dinamismo de la actividad empresarial en Internet empujó al legislador europeo a considerar la necesidad de establecer ciertas reglas para ordenar y armonizar algunos aspectos de la prestación de servicios en el ciberespacio. De este empeño surgió, entre otras y con carácter general, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio del 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, conocida como Directiva sobre el comercio electrónico.

En el 2002, el contenido de esta directiva se incorporó al ordenamiento jurídico español mediante la aprobación de la **Ley 34/2002**, de 11 de julio, de **Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico** (LSSI).

En su exposición de motivos, la LSSI reconoce que la denominada *sociedad de la información*, determinada por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información, necesitaba de un marco jurídico adecuado con el objetivo de generar en todos los actores la confianza necesaria para el empleo del nuevo medio.

Dada su generalidad y amplitud, la LSSI parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan. Por ello, la LSSI únicamente contempla aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por la mencionada regulación.

2.1. El concepto de servicios de la sociedad de la información

A los efectos de la LSSI, entenderemos por **servicios de la sociedad de la información** “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y petición individual del destinatario. El concepto comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”. [Anexo definiciones a) LSSI]

En esta misma definición, a continuación, el legislador contempla expresamente como servicio de la sociedad de la información, entre otros, el envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica siempre que estas representen una actividad económica.

Con el propósito de concretar y clarificar el alcance del concepto de servicios de la sociedad de la información, recurriremos a lo expuesto en la exposición de motivos de la propia LSSI:

“Se acoge, en la ley, un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información” que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador.

Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico”.

LSSI

Desde un punto de vista subjetivo, con carácter general, la LSSI se aplica a los prestadores de servicios establecidos en España. Antes de abordar su contenido en materia de comunicaciones comerciales, únicamente apuntaremos que la LSSI es un texto –actualmente de cuarenta y cinco artículos–, estructurado en siete títulos dedicados, respectivamente, a la regulación de las disposiciones generales, la prestación de servicios de la sociedad de la información, las

comunicaciones comerciales por vía electrónica, la contratación por vía electrónica, la solución judicial y extrajudicial de conflictos, los mecanismos de información y control y, por último, al régimen de infracciones y sanciones.

2.2. Las comunicaciones comerciales por vía electrónica

La LSSI incorpora, a modo de anexo, las definiciones de los conceptos más relevantes para la correcta comprensión de su propio alcance y contenido. En materia publicitaria, el legislador opta en esta ocasión por el concepto amplio de *comunicación comercial* que, a los efectos de la LSSI comprenderá:

“toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”.

Anexo definiciones f) LSSI

Con carácter adicional, el legislador concreta que a los efectos de la LSSI:

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

Anexo definiciones f) LSSI

La LSSI regula en su título III (artículos 19 a 22) las **comunicaciones comerciales por vía electrónica**. Cabe destacar en este punto que, como constataremos a continuación, la regulación de la publicidad difundida a través de medios electrónicos en la LSSI es escasa y muy genérica.

A modo de síntesis, cabe avanzar que la LSSI exige que, en el marco de los servicios de la sociedad de la información, las **comunicaciones comerciales** deben identificarse como tales y se prohíbe su envío por correo electrónico u otras vías de comunicación electrónica equivalente, salvo que el destinatario haya prestado previamente su consentimiento.

Consciente del carácter escaso y, a la vez, genérico de su contenido, el legislador recuerda que la publicidad y las ofertas promocionales difundidas por medios electrónicos se registrarán, además de por la LSSI, por su normativa propia, por la legislación vigente en materia comercial y de publicidad y, en todo caso, por la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), y su normativa de desarrollo, en especial en lo referente a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales (artículo 19). Todas estas normas mencionadas por el legislador configurarán, por tanto, el régimen jurídico de las comunicaciones comerciales difundidas por vía electrónica.

Comunicación comercial

La definición recogida en la LSSI coincide, de nuevo, con el concepto de publicidad económica recogido en el artículo 2 de la LGP.

Ved también

El contenido de la LOPD en referencia a las comunicaciones de carácter comercial lo abordaremos en el apartado “Publicidad y protección de datos de carácter personal” de este módulo, dedicado a la publicidad directa y a la protección de datos de carácter personal.

2.2.1. Información exigida

A continuación, bajo la rúbrica de la **información exigida sobre las comunicaciones comerciales**, el legislador traslada a los medios electrónicos el **principio de identificación publicitaria** recogido, con carácter general, en la LGP.

Así, la LSSI establece que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y, a su vez, también deberá ser claramente identificable la persona física o jurídica en nombre de la cual estas se realizan (artículo 20.1).

Con un carácter todavía más específico, la LSSI dispone que:

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

(Artículo 20.2)

En relación con lo dispuesto en materia de información exigida sobre las comunicaciones comerciales, el propio legislador destaca que ello se entiende sin perjuicio de lo que establezcan las normas dictadas por las comunidades autónomas con competencias exclusivas sobre consumo, comercio electrónico o publicidad.

En este punto, cabe destacar que con el objetivo de proteger y salvaguardar los derechos de los consumidores y usuarios ante las comunicaciones comerciales difundidas por vía electrónica la Unión Europea modificó, en 2009, la Directiva 2002/58 sobre privacidad y comunicaciones electrónicas para hacerla más restrictiva e incluir nuevas exigencias. Finalmente, estas modificaciones han sido incorporadas a la legislación española mediante el Real Decreto 13/2012, de 30 de marzo, que modifica algunos aspectos de los artículos 20, 21 y 22 de LSSI en relación con el envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica. Estos mismos artículos han sido posteriormente modificados por la disposición final segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGT) en los términos ya recogidos en el presente material didáctico.

Con el objetivo de garantizar la exigencia de identificación del carácter comercial de las comunicaciones y del emisor de las mismas, la LSSI ha incorporado la prohibición de enviar comunicaciones comerciales...

“en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en este artículo, así como aquellas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en este artículo”.

(Artículo 20.4)

2.2.2. Prohibiciones

A continuación, la LSSI **prohíbe** expresamente:

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

(Artículo 21.1)

De este modo, con carácter general y salvo la excepción que veremos a continuación, **la LSSI únicamente permite el envío de publicidad por correo electrónico** u otro medio de comunicación equivalente **en dos supuestos**:

- 1) que la misma haya sido solicitada por su destinatario, o bien
- 2) que el anunciante haya obtenido autorización del destinatario con carácter previo al envío de la misma, un consentimiento que, como veremos, el destinatario deberá poder revocar en cualquier momento.

“las dos grandes opciones de política legislativa para establecer la licitud de las comunicaciones comerciales son los sistemas denominados de *opt-out* y de *opt-in*. El sistema de *opt-out* permite enviar mensajes no solicitados a todos los que no hayan optado por no recibirlos. Para ello hay que dar al receptor la posibilidad de exigir que no se le envíen nuevos mensajes. En el sistema de *opt-in*, en cambio, la comunicación solo es lícita si previamente el destinatario ha optado por recibir comunicaciones, esto es, no basta con que no se haya opuesto (como en el sistema de *opt-out*), sino que debe haber solicitado que se le envíen estas comunicaciones, o debe haberlas autorizado expresamente.

Inicialmente, la LSSICE reguló la materia de forma muy rigurosa [...]. Así lo establecía en su redacción inicial el artículo 21 LSSICE, artículo que consagraba, por tanto, un sistema de *opt-in*. No obstante, como consecuencia de la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio del 2002, sobre el tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), fue preciso modificar la regulación inicial. La modificación de la LSSICE en este punto, que afectó a los artículos 21, 22 y 38, se llevó a cabo por medio de la disposición final primera de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones”.

Peguera Poch (2010)

Este criterio se flexibilizó en parte a finales del 2003 mediante la inclusión en la LSSI de una modificación según la cual, la cláusula general...

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

(Artículo 21.2)

Y, en todo caso –también cuando exista una relación contractual previa y se cumplan los dos requisitos comentados–:

“el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija”.

(Artículo 21.2 LSSI)

2.2.3. Los derechos de los destinatarios

En cuanto a los **derechos de los destinatarios de servicios**, la LSSI incide, de nuevo y ahora con carácter general, en que el destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. A tal efecto, los prestadores deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado y deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre los mencionados procedimientos.

Para facilitar y garantizar el correcto ejercicio del derecho de oposición del destinatario, las modificaciones operadas en el 2012 incorporan a la LSSI la exigencia de que:

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

(Artículo 22.1)

2.2.4. La publicidad comportamental *on-line*

De una manera más específica y en el marco de los derechos de los destinatarios, la LSSI contempla la regulación de las nuevas técnicas asociadas a la denominada *publicidad comportamental on-line*, esto es:

“aquella publicidad que se muestra durante una concreta navegación, por razón de la actividad online que se ha venido desarrollando durante un periodo de tiempo determinado, desde ese mismo navegador”.

Pérez Bes (2012)

El valor de esta modalidad publicitaria reside en que permite mostrar publicidad ‘relevante’ a un gran número de consumidores *on-line*. Desde el punto de vista técnico, la publicidad comportamental requiere la instalación previa de las denominadas *tracking cookies*³ en el navegador utilizado por el usuario para monitorizar su comportamiento de navegación y enviarle aquella publicidad relevante sobre la base de sus intereses de navegación.

Ved también

En el apartado “Publicidad y protección de datos de carácter personal” de este módulo dedicado a la regulación de la publicidad directa desde el punto de vista de la legislación en materia de protección de datos de carácter personal incidiremos de nuevo sobre estos y otros aspectos aplicables, también, a las comunicaciones comerciales por vía electrónica.

⁽³⁾ Cookies de rastreo.

Como afirma Pérez Bes, el principal riesgo asociado a esta práctica publicitaria es que la evolución tecnológica permite que se pueda monitorizar, en ocasiones sin consentimiento, la navegación de un usuario e incluso, en determinados supuestos, llegar a identificarle; todo ello con finalidades comerciales y con la posible vulneración de algunos de sus derechos.

Lectura recomendada

F. Pérez Bes (2012). *La publicidad comportamental online*. Barcelona: UOC.

En 2012, la transposición al derecho español de las nuevas exigencias comunitarias –a través del Real Decreto 13/2012– modificó la regulación de algunos aspectos de las comunicaciones comerciales por vía electrónicas, entre ellos, los requisitos para instalar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en los terminales de los usuarios, presupuesto necesario para el desarrollo de la publicidad comportamental.

Así, uno de los aspectos más debatidos de la modificación, por cuanto se prevé que tenga un mayor impacto en el sector de la publicidad digital, es la nueva regulación del uso de *cookies* para monitorizar el comportamiento del usuario *on-line* con finalidad comercial. El nuevo redactado del artículo 22 de la LSSI autoriza la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos –las denominadas *cookies*– en los terminales de los destinatarios solo...

“a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

(Artículo 22.2)

Adicionalmente, el nuevo texto del artículo 22.2 dispone que:

“cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones. Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario”.

(Artículo 22.2)

A diferencia de la legislación anterior, la nueva normativa exige el **consentimiento expreso e informado** del internauta de manera previa a la instalación de las *cookies* en el terminal con fines de publicidad comportamental aunque, por el momento, en la legislación no se especifica el modo de obtener el mencionado consentimiento, lo que constituye uno de los principales retos en la aplicación de la normativa.

Dada la complejidad que presenta la aplicación de la nueva regulación en materia de *cookies*, la Agencia de Protección de Datos, junto con las principales asociaciones del ámbito de la publicidad, publicó, en 2013, la *Guía sobre el uso de las cookies* cuyo objetivo es servir de guía para que las entidades afectadas reflexionen y adopten decisiones sobre la solución más adecuada a sus intereses y modelo de negocio.

Referencia web

La *Guía sobre el uso de las cookies* [en línea] puede consultarse, entre otras fuentes, a través de la sede electrónica de la Agencia Española de Protección de Datos.

En este punto, para los profesionales de la publicidad resulta esencial conocer los detalles de esta nueva regulación y las medidas de autorregulación propuestas por los agentes del sector en el ámbito internacional para implementar estas exigencias más restrictivas.

Con esta referencia específica a las técnicas asociadas a la publicidad comportamental, el legislador concluye la todavía escasa regulación de las comunicaciones comerciales que utilizan los servicios de la sociedad de la información para su difusión. Conviene recordar y reiterar en este punto que, en tanto que LGP contempla un concepto amplio de publicidad económica sin hacer referencia alguna a la tipología de medios de difusión, lo dispuesto en esta norma y en la LCD será también aplicable al contenido de la publicidad difundida por medios electrónicos.

2.3. Régimen sancionador

En el marco de su título V, la LSSI regula la solución judicial y extrajudicial de conflictos y, a su vez, la misma ley establece, en su título VII, el régimen sancionador por infracción de su contenido.

Así, la LSSI contempla la **acción de cesación** como única acción judicial en caso de conflicto y –como vimos en materia de acciones derivadas de la competencia desleal– en el marco de los servicios de la sociedad de la información, la acción de cesación contempla, también, la posibilidad de prohibición de reiteración futura.

De este modo, la LSSI (artículo 30) dispone que:

- 1) Contra las conductas contrarias a la presente ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores podrá interponerse acción de cesación.
- 2) La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.

3) La acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para esta clase de acciones.

En materia de **legitimación activa**, la LSSI recoge una lista de personas y entidades legitimadas para interponer la acción de cesación, siempre que la finalidad de la misma y los intereses afectados legitimen su ejercicio.

“Están legitimados para interponer la acción de cesación:

- a) Las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo, incluidas aquellas que pudieran verse perjudicadas por infracciones de las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 22, entre ellas, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que deseen proteger sus intereses comerciales legítimos o los intereses de sus clientes.
- b) Los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y condiciones previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- c) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
- d) El Ministerio Fiscal.
- e) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
- f) Las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores que estén habilitadas ante la Comisión Europea mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Los jueces y tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción”.

(Artículo 31 LSSI)

Con carácter adicional, la LSSI reconoce explícitamente el arbitraje y otros sistemas derivados de la autorregulación como **medios de resolución extrajudicial de conflictos**.

Al respecto, el legislador dispone que el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y defensa de los consumidores y usuarios –entre ellos, al sistema arbitral de consumo competente– y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. En estos procedimientos podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca la normativa específica (artículo 32 LSSI).

De manera paralela a estos procedimientos, en materia de **responsabilidad** la LSSI dispone que los prestadores de servicios de la sociedad de la información estarán sujetos al régimen sancionador establecido en su título VII cuando la mencionada ley les sea de aplicación. Además, las modificaciones introducidas por la LGT han incorporado un supuesto de responsabilidad específico directamente relacionado con la actividad publicitaria. Así, la LSSI dispone que

cuando las infracciones previstas en el artículo 38.3 i) y 38.4 g) se deban a la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de la información como consecuencia de la cesión por parte del prestador del servicio de la sociedad de la información de espacios propios para mostrar publicidad, será responsable de la infracción, además del prestador del servicio de la sociedad de la información, la red publicitaria o agente que gestione directamente con aquel la colocación de anuncios en dichos espacios en caso de no haber adoptado medidas para exigirle el cumplimiento de los deberes de información y la obtención del consentimiento del usuario (artículo 37).

De este modo, el legislador tipifica como **infracción** el incumplimiento, por parte de los prestadores de servicios, de algunos de sus preceptos y establece el consiguiente **régimen de sanciones** aplicables.

En este sentido, la LSSI establece tres tipologías de infracciones de sus propios preceptos a las que califica como muy graves, graves o leves (artículo 38) y a continuación detalla sus correspondientes sanciones (artículo 39).

A pesar de no tener relación directa con nuestro objeto de estudio, a título meramente informativo apuntaremos que, con carácter general, el único supuesto de **infracción muy grave**, sancionable con multa de 150.001 hasta 600.000 euros, se deriva del:

“incumplimiento de la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a la red o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación, cuando un órgano administrativo competente lo ordene”.

(Artículo 38)

Además, el legislador establece que:

“la reiteración en el plazo de tres años de dos o más infracciones muy graves, sancionadas con carácter firme, podrá dar lugar, en función de sus circunstancias, a la sanción de prohibición de actuación en España, durante un plazo máximo de dos años”.

(Artículo 39.1 a) LSSI)

En materia de comunicaciones comerciales, la LSSI tipifica como **infracciones graves**, sancionables con multa de 30.001 hasta 150.000 euros, los tres siguientes supuestos:

- El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 que, recordemos, prohíbe el envío de comunicaciones comerciales previamente no solicitadas ni expresamente autorizadas por vía electrónica.
- El incumplimiento significativo de la obligación del prestador de servicios de habilitar procedimientos sencillos y gratuitos que permitan al destina-

tario el ejercicio de su derecho a revocar el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales según lo dispuesto en el artículo 22.1.

- El incumplimiento significativo de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el artículo 22.2 en referencia, recordemos, a la regulación del uso de determinadas técnicas asociadas a la publicidad comportamental.

Cabe destacar en este punto que la LSSI también dispone que:

“las infracciones graves y muy graves podrán llevar aparejada la publicación, a costa del sancionado, de la resolución sancionadora en el *Boletín Oficial del Estado*, o en el diario oficial de la Administración pública que, en su caso, hubiera impuesto la sanción; en dos periódicos cuyo ámbito de difusión coincida con el de actuación de la citada Administración pública o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador, una vez que aquella tenga carácter firme”.

(Artículo 39.2)

Para la imposición de esta sanción adicional, el órgano competente deberá considerar la repercusión social de la infracción cometida, el número de usuarios o de contratos afectados y la gravedad del ilícito.

Además, en los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves, la LSSI dispone que se podrán adoptar algunas de las **medidas de carácter provisional** previstas en la legislación administrativa (artículo 41 LSSI).

Por último, también en materia de comunicaciones comerciales, la LSSI tipifica como infracciones leves, entre otros, algunos supuestos muy similares a los tipificados como infracción grave pero, como veremos a continuación, en el caso de haberse cometido en un grado menor. Así, el legislador tipifica como **infracciones leves**, sancionables con multa de hasta 30.000 euros, los siguientes supuestos:

- El incumplimiento del principio de identificación publicitaria recogido en el artículo 20 que, recordemos, exige determinada información sobre las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos.
- El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en los mencionados envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave.
- El incumplimiento “no significativo” de la obligación del prestador de servicios establecida en el artículo 22.1 en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado cuando no constituya una infracción grave.

- La utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos cuando no se hubiera facilitado la información u obtenido el consentimiento del destinatario del servicio en los términos exigidos por el artículo 22.2.

Para **determinar el importe de la sanción**, el legislador dispone que la cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes **cri- terios** (artículo 40 LSSI):

- la existencia de intencionalidad,
- el plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción,
- la reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza,
- la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados,
- los beneficios obtenidos por la infracción,
- el volumen de facturación a que afecte la infracción cometida, y
- la adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en la LSSI y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.

A modo de **excepción**, la LSSI dispone que los órganos competentes no podrán ejercer la potestad sancionadora cuando sobre el mismo sujeto, mismos hechos y mismo fundamento haya recaído una sanción penal (artículo 44.1).

En materia de **competencia sancionadora**, la LSSI otorga expresamente la potestad para imponer sanciones por incumplimiento de esta ley, en primer lugar, al órgano o autoridad que dictó la resolución incumplida o al que estén adscritos los inspectores y, en el caso de infracciones de los derechos y garantías de los consumidores y usuarios, al órgano correspondiente de las comunidades autónomas competentes en materia de consumo (artículo 43.1); y, en segundo lugar, en el marco de la Administración General del Estado, en el caso de infracciones muy graves la ley establece que el órgano sancionador competente será el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y, en el caso de infracciones graves y leves, será competente el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (artículo 43.2).

En materia de **prescripción** de infracciones y sanciones, la LSSI dispone que las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses y, a su vez, las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años; las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año (artículo 45).

Por último, como sucedía en el marco de la regulación audiovisual, cabe destacar que la LSSI también promueve la elaboración de **códigos de conducta** en materia de servicios de la sociedad de la información. Además, el legislador

considera a los códigos de conducta un instrumento de autorregulación especialmente apto para adaptar los diversos preceptos de la ley a las características específicas de cada sector en los que esta se aplica.

Por ello, la LSSI incorpora en su contenido un mandato a las administraciones públicas para que impulsen, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en la mencionada ley. Entre los aspectos específicos a tratar por estos códigos, el legislador destaca los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas (artículo 18.1).

En coherencia con su alcance y contenido, el legislador establece que estos códigos deberán ser accesibles por vía electrónica (artículo 18.3).

En respuesta a lo dispuesto en el artículo 18 de la LSSI, a finales del año 2002 la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AACC)⁴, en colaboración con la actual Asociación Española de la Economía Digital (Adigital), presentó el **Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva**, en vigor desde enero del 2003.

Resulta especialmente relevante destacar que, en 2005, el Instituto Nacional de Consumo otorgó el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico a este código que, desde entonces, pasó a conocerse como **Código Confianza Online**.

Distintivo público de confianza

El Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión, concreta, entre otros aspectos, la denominación y forma del distintivo (artículo 2).

Así, el legislador dispone que el distintivo se denomine distintivo público de confianza en línea y remite al anexo del real decreto para consultar los detalles de la construcción gráfica del mismo.

A continuación se reproduce, en primer término, la versión del distintivo público de confianza en línea recogido en el Real Decreto 1163/2005 y, en segundo término, el distintivo específico del sistema Confianza Online, que actualmente acredita la adhesión a este sistema de autorregulación.

⁽⁴⁾También conocida como Auto-control.

Adigital

Adigital es la evolución de la antigua Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AE-CEM-FECEMD).



Ambos distintivos pueden consultarse en las páginas web del Instituto Nacional del Consumo y de Confianza Online, respectivamente.

Actualmente **Confianza Online** es un sistema de autorregulación integral para Internet que contempla, entre otros aspectos, la publicidad interactiva y la protección de datos de carácter personal.

3. Publicidad y protección de datos de carácter personal

Desde un punto de vista práctico, tradicionalmente se han identificado dos tipologías publicitarias en función de los medios utilizados para la difusión del mensaje:

- 1) la publicidad convencional o *above the line* y
- 2) la publicidad no convencional o *below the line*.

En el marco de la **publicidad *below the line***, esto es, aquella que no utiliza los medios convencionales para su difusión, la denominada publicidad directa siempre ha tenido una considerable influencia.

Desde un punto de vista profesional, por **publicidad directa** entenderemos aquella que se dirige directa e individualmente a personas previamente identificadas, a través del correo, el teléfono u otros sistemas multimedia (Termcat, 1999).

En las dos últimas décadas, la progresiva generalización del uso de las tecnologías de la información y la comunicación ha multiplicado exponencialmente las posibilidades de ceder, a menudo incluso inconscientemente, datos de carácter personal mediante las diversas actividades y transacciones que realizamos, por ejemplo, en Internet. De la tradicional recogida de datos estática (*off-line*), se ha pasado a una recogida de datos fluida (*on-line*) con los riesgos que esto conlleva respecto al control posterior del uso de estos datos de carácter personal.

En paralelo, los anunciantes también han visto multiplicadas las posibilidades de difundir mensajes publicitarios a amplios grupos de destinatarios a costes extraordinariamente bajos.

Un ejemplo de ello sería la utilización del correo electrónico para el envío de publicidad que, de no haber sido autorizada ni solicitada por el destinatario –como hemos visto al abordar la legislación en materia de servicios de la sociedad de la información–, podría constituir un acto ilícito.

Por ello, para cualquier profesional de la publicidad que desarrolle su actividad en medios *below the line* y lleve a cabo acciones de publicidad o marketing directo, será esencial conocer el alcance y los límites de la regulación en materia de protección de datos de carácter personal.

A continuación, con un carácter también introductorio, detallaremos los elementos esenciales de la regulación estatal en materia de protección de datos de carácter personal, desde la recogida de los datos a su posterior utilización con fines publicitarios.

Para ello, en primer lugar, definiremos el marco normativo que regula esta actividad; en segundo lugar, abordaremos los conceptos que nos permitirán comprender el alcance de los principios básicos y de los derechos de los afectados por el tratamiento y utilización de datos de carácter personal; en tercer lugar, nos detendremos en la regulación específica del tratamiento de estos datos con fines de publicidad y prospección comercial y, por último, detallaremos brevemente el régimen sancionador en la materia.

3.1. Marco normativo

La normativa en materia de protección de datos de carácter personal deriva de las normas de tutela de los derechos fundamentales y, más concretamente, del reconocimiento constitucional al derecho a la intimidad personal y familiar. El derecho a la intimidad –derivado del derecho a la dignidad de la persona–, comporta, con carácter general, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás (artículo 18 CE).

Ante las múltiples amenazas al derecho a la intimidad y al tratamiento ilimitado de los datos personales, el legislador comunitario, y también el estatal, han intentado dar respuesta y salvaguardar los derechos fundamentales de la persona ponderando siempre los intereses en juego. Como afirman las profesoras Vilasau Solana y Vila Muntal:

“este impulso se ha centrado en el establecimiento de una normativa específica para regular el tratamiento de datos personales, la adopción de medidas relativas al secreto de las comunicaciones y la creación de las agencias de protección de datos como autoridades independientes con la misión de controlar el cumplimiento de estas reglamentaciones”.

Vilasau Solana; Vila Muntal (2010). En: Peguera Poch.

En España, la aprobación en 1992 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), ya derogada, vino a desarrollar el mandato constitucional de:

“limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

(Artículo 18.4 CE)

No obstante, el periodo de vigencia de la LORTAD fue muy reducido debido a la publicación, en 1995, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y a la libre circulación de datos personales.

La aprobación de esta directiva y la necesaria transposición de su contenido al ordenamiento jurídico español motivó, en 1999, la promulgación de la **Ley Orgánica 15/1999**, de 13 de diciembre, **de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)**, –que derogó la LORTAD– y, que en la actualidad, con algunas modificaciones, sigue vigente.

Respecto a la anterior regulación, la nueva LOPD amplió su **ámbito de protección** más allá del tratamiento automatizado de los datos, extendiendo su protección a cualquier dato o información concerniente a una persona física identificada o identificable, cualquiera que sea la forma o modalidad de su extensión, conservación o tratamiento (Veleiro, 2008).

Cabe destacar que la LOPD fue, en su día, objeto de un recurso de inconstitucionalidad, estimado parcialmente por la STC 292/2000 de 30 de noviembre del 2000. Esta sentencia resulta especialmente relevante porque, en el marco de su fundamento jurídico sexto, reconoce y expresa específicamente la existencia del derecho fundamental a la protección de datos como un derecho autónomo que otorga a sus titulares el poder de disposición o control sobre sus datos personales.

La **LOPD** es un texto –actualmente de cuarenta y nueve artículos– estructurado en torno a siete títulos dedicados, respectivamente, a la regulación de las disposiciones generales; de los principios de la protección de datos; de los derechos de las personas; de las disposiciones sectoriales; del movimiento internacional de datos; de la agencia de protección de datos y, por último, establece un régimen de infracciones y sanciones.

En desarrollo de la LOPD, en 2007 y tras un largo proceso de elaboración, vio la luz el **Real Decreto 1720/2007**, de 21 de diciembre, **por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999**, de 13 de diciembre, **de Protección de Datos de Carácter Personal (RLOPD)**.

El **RLOPD** comparte con la LOPD la finalidad de hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos personales. Además, el **RLOPD** dota de coherencia a la normativa sobre la materia, proporciona una mayor seguridad jurídica a la hora de aplicar la LOPD y adecua la normativa a la experiencia acumulada en años precedentes.

El **RLOPD** –que actualmente consta de ciento cincuenta y ocho artículos– se estructura en torno a nueve títulos destinados, respectivamente, al desarrollo de la regulación de las disposiciones generales; de los principios de protección de datos; de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; a las disposiciones aplicables a determinados ficheros de titularidad privada, entre ellos, los tratados para actividades de publicidad y prospección comercial; de las obligaciones previas al tratamiento de los datos; de las transferencias

internacionales de datos; de los códigos tipo, a las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal, así como, por último, de la regulación de los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

La Agencia Española de Protección de Datos

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) es la autoridad de control independiente que vela por el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos y garantiza y tutela el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. La AEPD dispone de una sede electrónica desde la que se puede consultar, de manera ágil, multitud de información relacionada con el régimen de protección de datos personal y todos los trámites asociados.

Referencia web

Se recomienda acceder a la sede electrónica de la AEPD para constatar el alcance de su actividad y los servicios que ofrece en línea.

La LOPD y el RLOPD configuran la normativa estatal de referencia en materia de protección de datos, junto a una serie de disposiciones más específicas que vienen a complementar, también con carácter general, su marco normativo. Tal sería el caso de la LSSI y de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT).

Una vez más, es preciso mencionar la existencia de **normas autonómicas**, en este caso, en materia de protección de datos de carácter personal. Así, algunas Comunidades Autónomas –en desarrollo del marco competencial que les otorgan la CE, los propios estatutos de autonomía y la LOPD– han dictado también sus propias normas sobre la materia.

En este sentido, la LOPD permite, por ejemplo, que determinadas funciones de la AEPD, cuando afecten a ficheros de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración local, sean ejercidas por los órganos correspondientes de cada Comunidad, que tendrán la consideración de autoridades de control (artículo 41). Sobre la base de esta habilitación normativa, algunas Comunidades Autónomas han creado sus respectivas agencias de protección de datos y las correspondientes normativas de desarrollo; de este modo, las agencias autonómicas tienen **competencias** para velar por los **ficheros de carácter público** que existan en sus respectivos ámbitos territoriales.

Agencias autonómicas de protección de datos

La primera autoridad de control autonómica fue la de la Comunidad de Madrid, creada mediante la Ley 13/1995, de 21 de abril, de Regulación del Uso de la Informática en el Tratamiento de Datos Personales por la Comunidad de Madrid. En el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, su Estatuto de Autonomía reconoce el derecho a la protección de datos personales y establece las competencias de la Generalitat en materia de protección de datos de carácter personal. La Autoridad de control catalana se regula por la Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos. La última autoridad de control autonómica creada fue la vasca, mediante la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos (Peguera Poch, 2010).

En materia de **autorregulación**, únicamente apuntar que la propia LOPD reconoce a los responsables de tratamientos de datos la posibilidad de formular y adherirse a los denominados códigos tipo. Estos códigos, que podrán ser acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa, tendrán el carácter de códigos deontológicos y de buena práctica profesional y deberán ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos (RGPD) y, cuando corresponda, en los creados a estos efectos por las Comunidades Autónomas (artículo 32 LOPD).

Desde un punto de vista publicitario, conviene destacar el reconocimiento del Código confianza online como **código tipo de confianza online** por parte de la AEPD en tanto que, en su articulado, regula el tratamiento de datos personales en actividades publicitarias difundidas en medios electrónicos.

Tras este recorrido por el marco normativo de la protección de datos de carácter personal, a continuación sintetizaremos aquellos aspectos que, con carácter general, consideramos más relevantes a los efectos de la utilización y tratamiento de estos datos con finalidades publicitarias.

Dada la amplitud de supuestos regulados por la normativa en materia de protección de datos, al objeto de completar el contenido de los aspectos tratados en los siguientes puntos, se recomienda la consulta adicional del texto actualizado de la LOPD y del RLOPD, así como de los numerosos documentos complementarios al servicio de los interesados en la sede electrónica de la AEPD.

3.2. Conceptos básicos

Con el objetivo de facilitar la comprensión de su alcance y contenido, el legislador ha incluido en el texto de la LOPD, y también en el del RLOPD, las **definiciones** de gran parte de los conceptos clave en materia de protección de datos de carácter personal. De estos listados, avanzaremos a continuación las definiciones de los conceptos básicos que estimamos más relevantes para comprender su posterior regulación.

Así, a los efectos de la LOPD se consideran **datos de carácter personal** “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables” [artículo 3 a)]. Y el RLOPD añade, a modo ejemplificativo, que esta información podrá ser numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo [artículo 5.1 f)].

Por **fichero** la LOPD entiende:

“todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”.

[Artículo 3 b)]

Por **tratamiento de datos**, la LOPD entiende aquellas:

“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

[Artículo 3 c)]

La LOPD considera **responsable del fichero o tratamiento** a la...

“persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”.

[Artículo 3 d)]

A su vez, la LOPD considera **afectado o interesado** a la:

“persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento”.

[Artículo 3 e)]

Por **encargado del tratamiento**, la LOPD entiende:

“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

[Artículo 3 g)]

A los efectos de la LOPD se entenderá por **consentimiento del interesado**:

“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

[Artículo 3 h)]

Y, finalmente, la LOPD define la **cesión o comunicación de datos** como:

“toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

[Artículo 3 i)]

Como ya hemos avanzado, la LOPD extiende su **ámbito de aplicación**:

“a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

(Artículo 2)

Desde un punto de vista territorial, con carácter general, la LOPD se aplicará a todo tratamiento de datos realizado en territorio español. Asimismo, la LOPD **excluye** expresamente de su ámbito de aplicación:

- A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas; de este modo, según el RLOPD el

régimen de protección de datos no se aplicará a los tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares.

- A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.
- A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada.

3.3. Principios básicos

La LOPD regula los **principios de la protección de datos** que, dado su carácter general, serán también aplicables al tratamiento de datos de carácter personal con finalidades publicitarias.

A grandes rasgos, los **principios** que deben respetarse siempre al tratar datos de carácter personal son:

- la calidad de los datos,
- el derecho de información en su recogida,
- el consentimiento del afectado,
- la especial protección de datos sensibles,
- la seguridad de los datos y, por último,
- el deber de secreto de los mismos.

A continuación abordaremos brevemente el contenido esencial de cada uno de ellos.

En primer lugar, la LOPD recoge el **principio de calidad de los datos**, según el cual los datos de carácter personal únicamente se podrán tratar cuando sean “adecuados”, “pertinentes” y “no excesivos” en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido (artículo 4). En consecuencia, los datos objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que hubieran sido recogidos; deberán ser exactos, ser puestos al día, almacenarse de forma que permitan el derecho de acceso y deberán cancelarse cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. En todo caso, se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

El **derecho de información en la recogida de datos** es el segundo principio general mencionado en la LOPD (artículo 5). Según este principio, con carácter general, los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

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

Además, el legislador matiza que, cuando para la recogida se utilicen cuestionarios u otros impresos, las mencionadas advertencias deberán figurar en los mismos de forma claramente legible.

Por otra parte, no será necesario facilitar la información a que se refieren los anteriores apartados 2), 3) y 4) si su contenido se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

A **efectos publicitarios**, es especialmente relevante avanzar que en el supuesto de que los datos procedan de **fuentes accesibles al público** y se destinen a actividades de publicidad o prospección comercial, el legislador exige que en cada comunicación dirigida al interesado se le informe del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten.

A los efectos de la LOPD entenderemos por **fuentes accesibles al público**:

“aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación”.

[Artículo 3 j)]

En tercer lugar, la LOPD establece el **principio de consentimiento del afectado** según el cual, con carácter general:

“el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”.

(Artículo 6)

Con carácter excepcional, no será preciso el consentimiento, entre otros supuestos, cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación de negocios, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. El consentimiento podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.

De modo complementario y en el marco de la regulación de la **comunicación de datos**, con carácter general, la LOPD exige expresamente el consentimiento del interesado para que los datos de carácter personal objeto de tratamiento puedan ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario. No obstante, el legislador, a modo de excepción, dispone que tal consentimiento no será exigido en determinados supuestos como, por ejemplo, cuando la cesión esté autorizada en una ley, cuando se trate de datos recogidos en fuentes accesibles al público o cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica que requiera necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En todo caso, el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal tiene también un carácter de revocable (artículo 11).

Por su parte, el artículo 12 de la LOPD aclara que:

“no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”.

(Artículo 12 de la LOPD)

La LOPD regula, en este mismo artículo, el acceso y tratamiento de datos personales por cuenta de terceros.

El cuarto principio contemplado en la LOPD es el **principio de datos especialmente protegidos** que traslada al ámbito de la protección de datos el principio constitucional de que:

“nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

(Artículo 16 CE)

En consecuencia, el legislador dispone que, con carácter general:

“solo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Cuando se proceda a recabar el consentimiento en relación con esta tipología de datos se deberá advertir al interesado acerca de su derecho a no prestarlo”.

(Artículo 7)

El mismo artículo 7.2 de la LOPD exceptúa de esta prohibición a...

“los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado”.

(Artículo 7.2 de la LOPD)

Además, en relación con los datos de carácter personal referidos al origen racial, a la salud y a la vida sexual, la LOPD dispone que estos solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta de manera expresa. Quedan, asimismo, prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico o vida sexual.

En quinto lugar, la LOPD establece el **principio de seguridad de los datos**, a partir del cual:

“el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural”.

(Artículo 9)

Por último, el sexto principio general recogido en la LOPD es el **principio del deber de secreto profesional**, que obliga al responsable del fichero y a quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos; obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo (artículo 10).

3.4. Derechos ARCO

Una vez detallados los seis principios básicos aplicables en materia de protección de datos, a continuación abordaremos el alcance y contenido de los cuatro derechos que, también con carácter general, la legislación reconoce a las personas afectadas por el tratamiento de datos de carácter personal. Se trata de los denominados derechos ARCO, esto es, el derecho de **acceso**, de **rectificación**, de **cancelación** y de **oposición** al tratamiento de datos personales.

Como veremos al abordar el régimen específico del tratamiento de datos con finalidades publicitarias, estos derechos determinan, en gran medida, la actuación de los responsables del tratamiento.

Con carácter previo al detalle de cada uno de estos derechos conviene resaltar que, en relación con el **derecho de consulta al Registro General de Protección de Datos (RGPD)**, la LOPD establece que:

“cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento. El Registro General será de consulta pública y gratuita”.

(Artículo 14)

En el marco de los denominados derechos ARCO, en primer lugar, la LOPD reconoce a aquellas personas interesadas el **derecho de acceso a los datos**.

Esto es:

“el derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos”.

(Artículo 15)

El legislador limita el ejercicio del derecho de acceso a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo, en cuyo caso podrá ejercitarlo antes. La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos.

A continuación, la LOPD regula, de manera conjunta, los derechos de rectificación y cancelación de datos de carácter personal (artículo 16). Dado que la LOPD no contempla la definición de estos derechos, a tal efecto nos remitiremos a lo dispuesto en el RLOPD.

Así, por **derecho de rectificación** entenderemos el derecho del afectado a que se modifiquen los datos de carácter personal que resulten ser inexactos, incompletos o cuando su tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la LOPD (artículo 31.1 RLOPD).

Por su parte, por **derecho de cancelación** entenderemos el derecho del afectado a que se supriman los datos que resulten ser inexactos, incompletos, inadecuados, excesivos o cuando su tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la LOPD (artículo 31.2 RLPD).

En relación con el ejercicio efectivo de estos dos derechos, la LOPD establece que:

“el responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días”.

(Artículo 16.1)

De manera más específica y, entre otros aspectos, la LOPD establece que:

“la cancelación de los datos dará lugar al bloqueo de los mismos, que únicamente se deberán conservar a disposición de las administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de estas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión”.

(Artículo 16.3)

Por último, la LOPD únicamente menciona el derecho de oposición al tratamiento de datos al regular, brevemente, el procedimiento de los derechos ARCO. Por ello, recurrimos, de nuevo, al RLOPD para encontrar una amplia definición de este derecho.

Así, el RLOPD define el **derecho de oposición** como el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en tres supuestos (artículo 34):

- 1) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una ley no disponga lo contrario.
- 2) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación, en los términos que veremos posteriormente.
- 3) Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal.

También con carácter general, la LOPD dispone que los **procedimientos** para ejercitar los derechos ARCO se establecerán reglamentariamente y, en todo caso, deberán tener carácter gratuito (artículo 17).

En materia de **tutela de estos derechos**, el legislador establece que las actuaciones contrarias a la LOPD pueden ser objeto de reclamación por parte de los interesados ante la AEPD. El plazo máximo en que debe dictarse la resolución expresa de tutela de derechos será de seis meses y contra las resoluciones de la AEPD procederá recurso contencioso administrativo (artículo 18).

Finalmente, la LOPD contempla el **derecho a indemnización**, de modo que los interesados que sufran daño o lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del incumplimiento de la normativa por parte del responsable o el encargado del tratamiento tendrán derecho a ser indemnizados. En el caso de los ficheros de titularidad privada, como es el caso de los creados con fines publicitarios, la acción se ejercerá ante los órganos de la jurisdicción ordinaria (artículo 19).

3.5. Tratamiento de datos con fines de publicidad

La LOPD contempla, en el marco del título dedicado a los ficheros de titularidad privada y en un único artículo, la regulación básica y específica del tratamiento de datos de carácter personal con fines de publicidad y de prospección comercial (artículo 30). Por su parte, el RLOPD dedica uno de sus capítulos al desarrollo de esta regulación (artículos 45 a 51).

Antes de abordar el contenido específico del tratamiento de datos de carácter personal con fines publicitarios, tan solo apuntar que la LOPD exige a las personas o entidades privadas y, en consecuencia, también a los profesionales o empresas publicitarias que recojan, mantengan o traten datos personales de terceros, la notificación, con carácter previo, de la creación del fichero a la AEPD y, en el caso de que esta se ajuste a los requisitos exigibles, la inscripción posterior del fichero en el RGPD (artículo 26).

En materia de **tratamiento de datos personales con fines de publicidad**, el legislador dispone que quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, así como quienes realicen estas actividades con el fin de comercializar sus propios productos o servicios o los de terceros, únicamente podrán utilizar nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos se encuentren en uno de los siguientes casos:

- Cuando los datos figuren en alguna fuente accesible al público y el interesado no haya manifestado su negativa u oposición a que sus datos sean objeto de tratamiento para las actividades antes descritas.
- Cuando los datos hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado debidamente a los interesados.

Asimismo, la LOPD dispone, de modo un tanto redundante e innecesario, que en el marco del tratamiento de datos con fines publicitarios, deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos (artículo 30):

- 1) Cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público, el principio relativo al derecho de información exige que en cada comunicación que se dirija al interesado se informe del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten, con indicación de ante quién podrán ejercitarse.
- 2) En el ejercicio del derecho de acceso los interesados tendrán derecho a conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.
- 3) Los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquel, a su simple solicitud.

La LOPD dedica uno de sus artículos a la regulación del denominado *censo promocional*. De este modo, el legislador contempló la posibilidad de que quienes pretendieran realizar permanente o esporádicamente la actividad de recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras actividades análogas, pudieran solicitar del Instituto Nacional de Estadística o de los órganos equivalentes de las comunidades autónomas una copia del censo promocional, formado con los datos de nombre, apellido y domicilio que constan en el censo electoral. Los procedimientos mediante los que los interesados podrían solicitar no aparecer en el censo promocional debían regularse reglamentariamente. La polémica desatada en relación con la cesión de estos datos para fines estrictamente comerciales ha motivado que, pasados más de diez años desde la publicación de esta norma, el censo promocional sea, todavía, un proyecto.

En desarrollo de lo dispuesto en la LOPD, el RLOPD detalla, más específicamente, el **tratamiento de datos en campañas publicitarias** (artículo 46).

A tal efecto, el RLOPD recuerda, en primer lugar, que para que una entidad pueda realizar por sí misma una actividad publicitaria de sus productos o servicios entre sus clientes será preciso que el tratamiento se ampare en alguno de los supuestos contemplados en el marco del **principio de consentimiento** del afectado.

En segundo lugar, en materia de **responsabilidad**, el RLOPD dispone que en caso de que una entidad contrate o encomiende a terceros la realización de una determinada campaña publicitaria de sus productos o servicios que conlleve el tratamiento de determinados datos, se aplicarán los siguientes criterios de responsabilidad:

- 1) Cuando los parámetros identificativos de los destinatarios de la campaña sean fijados por la entidad que contrate la campaña, esta será responsable del tratamiento de los datos.
- 2) Cuando los parámetros fueran determinados únicamente por la entidad o entidades contratadas, dichas entidades serán las responsables del tratamiento.
- 3) Cuando en la determinación de los parámetros intervengan ambas entidades, serán ambas las responsables del tratamiento.

Parámetros identificativos

El RLOPD considera **parámetros identificativos de los destinatarios** “las variables utilizadas para identificar el público objetivo o destinatario de una campaña o promoción comercial de productos o servicios que permitan acotar los destinatarios individuales de la misma”.

En este supuesto, la entidad que encargue la realización de la campaña publicitaria deberá adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que la entidad contratada ha recabado los datos cumpliendo las exigencias establecidas en la LOPD y en el propio RLOPD.

Adicionalmente, con un carácter más específico, en materia de **depuración de datos personales**, el RLOPD dispone que:

“cuando dos o más responsables por sí mismos o mediante encargo a terceros pretendieran constatar sin consentimiento de los afectados, con fines de promoción o comercialización de sus productos o servicios y mediante un tratamiento cruzado de sus ficheros quiénes ostentan la condición de clientes de una u otra o de varios de ellos, el tratamiento así realizado constituirá una cesión o comunicación de datos”.

(Artículo 47)

A su vez, el RLOPD también regula los derechos de acceso, rectificación y cancelación (artículo 50) y el derecho de oposición (artículo 51) en el marco del tratamiento de datos para actividades de publicidad y prospección comercial.

En primer lugar, el legislador remite a la regulación general, del ejercicio de los **derechos de acceso, rectificación y cancelación** recogido en la LOPD (artículos 15, 16 y 17) y en el propio RLOPD (artículos 27 a 36).

Y, en segundo lugar, el RLOPD establece, de manera más específica que:

“si el derecho se ejercitase ante una entidad que hubiese encargado a un tercero la realización de una campaña publicitaria, aquella estará obligada, en el plazo de diez días, desde la recepción de la comunicación de la solicitud de ejercicio de derechos del afectado, a comunicar la solicitud al responsable del fichero a fin de que el mismo otorgue al afectado su derecho en el plazo de diez días desde la recepción de la comunicación, dando cuenta de ello al afectado”.

(Artículo 50.2)

En cuanto al **derecho de oposición**, que, recordemos, únicamente aparece mencionado –no regulado– en la LOPD, el RLOPD sí detalla su contenido en los siguientes términos:

“1) Los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquel, a su simple solicitud.

La oposición a la que se refiere el párrafo anterior deberá entenderse sin perjuicio del derecho del interesado a revocar cuando lo estimase oportuno el consentimiento que hubiera otorgado, en su caso, para el tratamiento de los datos.

2) A tal efecto, deberá concederse al interesado un medio sencillo y gratuito para oponerse al tratamiento. En particular, se considerará cumplido lo dispuesto en este precepto cuando los derechos puedan ejercitarse mediante la llamada a un número telefónico gratuito o la remisión de un correo electrónico.

3) Cuando el responsable del fichero o tratamiento disponga de servicios de cualquier índole para la atención a sus clientes o el ejercicio de reclamaciones relacionadas con el servicio prestado o los productos ofertados al mismo, deberá concederse la posibilidad al afectado de ejercer su oposición a través de dichos servicios.

No se considerarán conformes a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, los supuestos en que el responsable del tratamiento establezca como medio para que el interesado pueda ejercitar su oposición el envío de cartas certificadas o envíos semejantes, la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado o cualesquiera otros medios que impliquen un coste excesivo para el interesado.

En todo caso, el ejercicio por el afectado de sus derechos no podrá suponer un ingreso adicional para el responsable del tratamiento ante el que se ejercitan.

4) Si el derecho de oposición se ejercitase ante una entidad que hubiera encomendado a un tercero la realización de una campaña publicitaria, aquella estará obligada, en el plazo de diez días, desde la recepción de la comunicación de la solicitud de ejercicio de derechos del afectado, a comunicar la solicitud al responsable del fichero a fin de que el mismo atienda el derecho del afectado en el plazo de diez días desde la recepción de la comunicación, dando cuenta de ello al afectado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del deber impuesto a la Entidad mencionada en el apartado anterior, en todo caso, por el párrafo segundo del artículo 5.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

(Artículo 51 RLOPD)

3.5.1. Los ficheros de exclusión

Una importante novedad incorporada en el RLOPD es el reconocimiento, por vez primera, de la posibilidad de crear los denominados ficheros de exclusión del envío de comunicaciones comerciales. En este sentido, el legislador dispone que:

“los responsables a los que el afectado haya manifestado su negativa a recibir publicidad podrán conservar los mínimos datos imprescindibles para identificarlo y adoptar las medidas necesarias que eviten el envío de publicidad”.

(Artículo 48)

Además, en esta misma línea, el RLOPD permite la creación de **ficheros comunes de exclusión del envío de comunicaciones comerciales**. Con ello, el legislador viene a reconocer y regular las denominadas *Listas Robinson*.

Así, el RLOPD prevé:

“la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, en los que sean objeto de tratamiento los datos de carácter personal que resulten necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad. A tal efecto, los citados ficheros podrán contener los mínimos datos imprescindibles para identificar al afectado”.

(Artículo 49.1)

Para ello:

“cuando el afectado manifieste ante un concreto responsable su negativa u oposición a que sus datos sean tratados con fines de publicidad, aquel deberá ser informado de la existencia de los ficheros comunes de exclusión generales o sectoriales, así como de la identidad de su responsable, su domicilio y la finalidad del tratamiento. El afectado podrá solicitar su exclusión respecto de un fichero o tratamiento concreto o su inclusión en ficheros comunes de excluidos de carácter general o sectorial”.

(Artículo 49.2)

Por su parte, la entidad responsable del fichero común podrá tratar los datos de los interesados que hubieran manifestado su negativa u oposición al tratamiento de sus datos con fines de publicidad o prospección comercial, cumpliendo las restantes obligaciones establecidas en la LOPD y en el propio reglamento.

Por último, en relación con los ficheros comunes de exclusión, a efectos prácticos, resulta especialmente relevante que el legislador imponga a quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial la obligación de consultar, con carácter previo, los ficheros comunes de exclusión que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento.

De este modo, quienes vayan a realizar una campaña de publicidad directa deberán, en primer lugar, evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes así se lo hayan solicitado y, en segundo lugar, deberán evitar también el envío de tales comunicaciones a quienes se hayan registrado en alguno de los citados ficheros comunes de carácter general o sectorial, sean clientes o no del anunciante.

Es decir, deberán consultarse estos ficheros para la realización de cualquier tipo de campaña publicitaria, tanto si se realizan con ficheros propios como con ficheros ajenos y provengan los datos del propio afectado o de fuentes accesibles al público (Costas Comesaña, 2010).

En este contexto, la Asociación Española de la Economía Digital (Adigital) gestiona, desde hace años, el servicio de las denominadas Listas Robinson de exclusión publicitaria.

El **Servicio de Lista Robinson** es un sistema integral de exclusión de publicidad gestionado por Adigital y creado conforme a lo previsto en la normativa sobre protección de datos que comprende las campañas publicitarias realizadas por correo postal, llamadas telefónicas, sms o mms y el correo electrónico.

Referencia web

Para conocer los detalles del sistema de exclusión digital se recomienda acceder a la página web de Lista Robinson.

Servicio de Lista Robinson

Cualquier persona puede inscribirse en el Servicio de Lista Robinson de forma gratuita. Para ello es necesario indicar, de acuerdo con lo señalado en el reglamento del servicio, el medio a través del cual esta persona no desea recibir publicidad de entidades con las cuales no mantenga ni haya mantenido algún tipo de relación.

Los anunciantes o los responsables de los ficheros pueden acceder al servicio de Lista Robinson de forma gratuita o de pago. En la modalidad de acceso gratuito podrán realizar hasta cien búsquedas de forma individualizada por interesado en la Lista Robinson. En la modalidad de pago podrán acceder a una suscripción anual o a una suscripción por descarga.

La Lista Robinson tiene un plazo de vigencia de dos meses a partir del día siguiente en que se descargó el fichero de Lista Robinson en la modalidad de acceso de pago o en el que se realizó la búsqueda en la modalidad de acceso gratuito. Transcurrido este plazo será necesario realizar una nueva búsqueda o una nueva descarga del fichero.

3.6. Régimen sancionador

Finalmente, en referencia al **régimen de infracciones y sanciones**, la LOPD dispone que:

“los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente ley”.

(Artículo 43)

Así, además de los supuestos de responsabilidad civil por daños y perjuicios, el incumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal dará lugar a una serie de **sanciones administrativas** según la tipología de la infracción cometida.

La LOPD también clasifica las infracciones de su normativa en tres categorías: muy graves, graves y leves (artículo 44). A continuación, detallaremos aquellos supuestos constitutivos de infracción en relación con la creación y tratamiento de ficheros de titularidad privada.

La LOPD considera **infracciones muy graves**, sancionables con multa de 300.001 a 600.000 euros:

- La recogida de datos de forma engañosa o fraudulenta.
- Tratar o ceder los datos de carácter personal especialmente protegidos, salvo en los supuestos en que la LOPD lo autoriza, o violentar la prohibición de crear este tipo de ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar estos datos.
- No cesar en el tratamiento ilícito de datos de carácter personal cuando existiese un previo requerimiento del director de la AEPD para ello.
- La transferencia internacional de datos de carácter personal con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable sin autorización del director de la AEPD, salvo en los supuestos en los que, conforme a la normativa, dicha autorización no resulte necesaria.

La LOPD considera, a su vez, **infracciones graves**, sancionables con multa de 40.001 a 300.000 euros, incurrir en los siguientes supuestos:

- Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a la normativa.
- Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en base al principio de calidad de los datos, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave.
- La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal.
- El impedimento o la obstaculización del ejercicio de los derechos ARCO.
- El incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos no hayan sido recabados del propio interesado.
- El incumplimiento de los restantes deberes de notificación o requerimiento al afectado impuestos por la normativa.

- Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad.
- No atender los requerimientos o apercibimientos de la AEPD o no proporcionarle cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma.
- La obstrucción al ejercicio de la función inspectora.
- La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en la normativa, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy grave.

Según la LOPD, serán **infracciones leves**, sancionables con multa de 900 a 40.000 euros:

- No remitir a la AEPD las notificaciones previstas en la normativa.
- No solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el RGPD.
- El incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos sean recabados del propio interesado.
- La transmisión de los datos a un encargado del tratamiento sin dar cumplimiento a los deberes formales establecidos.

En materia de **prescripción**, la LOPD dispone que las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año. Por su parte, las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año (artículo 47).

En cuanto al **procedimiento sancionador**, la LOPD otorga a la AEPD, entre otras, las funciones de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos, controlar su aplicación y ejercer, en consecuencia, la potestad sancionadora, en aquellos ámbitos en los que disponga de las requeridas competencias (artículo 37).

El RLOPD recoge en su articulado el detalle de los procedimientos tramitados por la AEPD y, más concretamente, también el relativo al ejercicio de la potestad sancionadora (artículos 120 a 129). Las resoluciones de la AEPD, que agotan la vía administrativa, deberán hacerse públicas, una vez hayan sido notificadas.

Conviene destacar en este punto las remisiones cruzadas que realizan entre sí la LOPD, la LSSI y la LGT en tanto que comparten, parcialmente, ámbito de aplicación.

Así, por ejemplo, la LSSI otorga competencia a la AEPD para conocer del incumplimiento de lo dispuesto en materia de comunicaciones comerciales por vía electrónica que impliquen el tratamiento de datos de carácter personal.

“La AEPD resulta competente cuando la publicidad se encuentra directamente relacionada con el tratamiento de datos de carácter personal; cuando se remite a través de los medios descritos en el artículo 21 de la LSSI, es decir, cuando se utiliza para la remisión del mensaje publicitario el correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, como mensajes cortos de telefonía móvil (SMS o MMS), y se incumple lo dispuesto en el referido artículo 21 o en el artículo 22 de la LSSI; y cuando se efectúa la comunicación comercial con vulneración de los derechos de los abonados y usuarios recogida en el artículo 38.3 de la LGT”.

Costas Comesaña (2010)

A este respecto, la LOPD dispone que los procedimientos sancionadores tramitados por AEPD en ejercicio de las potestades que a la misma atribuyan esta u otras leyes, salvo los referidos a infracciones de la LGT, tendrán una duración máxima de seis meses (artículo 48).

Abreviaturas

AACC Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Adigital Asociación Española de la Economía Digital

AEPD Agencia Española de Protección de Datos

CE Constitución Española

CEMA Consejo Estatal de Medios Audiovisuales

DSCAV Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual

DTVSE Directiva Televisión sin Fronteras

LCD Ley de Competencia Desleal

LGP Ley General de Publicidad

LGCAV Ley General de Comunicación Audiovisual

LGT Ley General de Telecomunicaciones

LOPD Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal

LORTAD Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal

LSSI Ley de Servicios de la Sociedad de la Información

LTSE Ley de Televisión Sin Fronteras

RGPD Registro General de Protección de Datos

RLOPD Reglamento de desarrollo de la LOPD

RDLGCAV Reglamento de Desarrollo de la LGCAV

SETSI Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información

STC Sentencia Tribunal Constitucional

Bibliografía

Aparicio Salom, J. (2009). *Estudio sobre la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal* (3.ª ed.). Elcano (Navarra): Aranzadi.

Boix Palop, A.; Vidal Beltrán, J. M. (coords.) (2014). *La nueva regulación del audiovisual: medios, derechos y libertades*. Cizur Menor: Aranzadi.

Chinchilla, C.; Azpitarte, M. (coords.) (2011). *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*. Cizur Menor: Aranzadi.

Costas Comesaña, J. y otros (2010). *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Fernando Magarzo, M. R. (2008). "La nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. En especial, la regulación de las comunicaciones comerciales audiovisuales. Parte I". *Revista Autocontrol* (núm. 126, pág. 21-34).

Fernando Magarzo, M. R. (2008). "La nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. En especial, la regulación de las comunicaciones audiovisuales. Parte II". *Revista Autocontrol* (núm. 127, pág. 21-30).

Fernando Magarzo, M. R. (2010). "Aspectos fundamentales de la regulación de la publicidad en la Ley General de Comunicación Audiovisual". *Revista Autocontrol* (núm. 152, pág. 9-14).

Fernández Novoa, C. (1989). *Estudios de Derecho de la Publicidad: homenaje de Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa, catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV anos de cátedra*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

Gómez Segade, J. A.; García Vidal, A. (eds.) (2010). *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*. Madrid: Marcial Pons.

Guichot, E. (coord.) (2011). *Derecho de la Comunicación*. Madrid: Iustel.

Lema Devesa, C.; Gómez Montero, J. (2010). *Código de publicidad* (5.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

Lema Devesa, C. (2007). *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Madrid: Marcial Pons.

Linde Paniagua, E.; Vidal Beltrán, J. M.; Medina González, S. (2011). *Derecho audiovisual* (4.ª ed.). Madrid: Colex.

Peguera Poch, M. (coord.) (2010). *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi - Thompson Reuters.

Pérez Bes, F. (2012). *La publicidad comportamental online*. Barcelona: UOC.

Rozados Oliva, M. J. (2009). *Derecho administrativo de la publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

TERMCAT, Centre de Terminologia (1999). *Diccionari de comunicació empresarial: publicitat, relacions públiques i màrqueting*. Barcelona: Enciclopèdia Catalana.

Vázquez Ruano, T. (2008). *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*. Madrid: Marcial Pons.

Veleiro, B. (2008). *Protección de datos de carácter personal y sociedad de la información*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Vilajoana Alejandro, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Barcelona: UOC.