

STAZI, Andrea, La pubblicità commerciale on line, Giuffrè Editore, Milano, 2.004, 192 págs.

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

Trinidad Vázquez Ruano

Becaria de Investigación MEC

Área de Derecho Mercantil

Universidad de Jaén

La obra del Dr. Stazi, objeto de la presente recensión, versa sobre un tema de notable actualidad e importancia, no sólo desde la óptica teórica, sino también en el marco de la práctica. Pues, el auge de las tecnologías de la información y la comunicación ha influido considerablemente en la organización socio-jurídica. Así, la Sociedad de la Información pretende el acercamiento de los sujetos a sus servicios mediante la habilitación de nuevos medios y de las redes de comunicación electrónicas, lo que, al mismo tiempo, hace surgir un importante debate político respecto de las repercusiones que de ello derivan y, jurídico, en cuanto a la búsqueda de soluciones legislativas para hacer frente a los cambios en la

comunicación y en la transmisión de datos.

Ha de precisarse que los fines con los que surgió la Red de redes, Internet, fueron de naturaleza diversa a los objetivos que se tratan de conseguir en la actualidad. Pues, si en sus orígenes constituía un eficaz medio de investigación y, posteriormente, una fuente esencial de recursos informativos, ahora la Red se ha entendido como un nuevo espacio habilitado y adecuado para el desarrollo de la actividad promocional y comercial. Y es, en esta última etapa, en la que centra su estudio el Dr. Stazi, **La pubblicità commerciale on line.**

No cabe duda que el extenso conocimiento que el autor posee en la materia, reflejado en trabajos como la espléndida obra que ahora se presenta, han sido avales suficientes para que el mismo ostente la condición de colaborador del **Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Telecomunicazione (OPICC)**, de la **Libera Università degli Studi Sociali Guido Carli**. En el cual, bajo la dirección del profesor Gustavo Ghidini, se estudian materias tan novedosas como: la biotecnología; la tutela del software; el avance tecnológico en el entorno molecular; el análisis de los servicios públicos locales y las concentraciones en las comunicaciones electrónicas; sino que, además, ello se complementa con otras actividades conjuntas.

Como señala el profesor Ghidini en su Prólogo, el objetivo prioritario del autor ha sido afrontar, desde una perspectiva jurídica, la más reciente expresión del fenómeno publicitario. Así, en un principio, el autor valora la red Internet como nuevo medio de difusión promocional, analizando las características de su propia configuración que, diferenciándola de los medios convencionales, le confieren rasgos ventajosos en este sentido, tales como: la interactividad, la bidireccionalidad, la ilimitación temporal y espacial, la disponibilidad permanente y la fácil actualización, entre otras. Para, posteriormente y una vez estudiadas las principales herramientas que hacen posible la difusión promocional electrónica, centrarse en el análisis de la normativa jurídica existente y de posible aplicación a cada una de ellas. Ya que, al momento de elaborar la presente obra, no existe en el ordenamiento italiano una norma específica encargada de regular la actividad publicitaria en el entorno telemático.

I.- El trabajo del Dr. Stazi se divide en cuatro bloques temáticos, precedidos de una introducción inicial. En la cual, el autor se encarga de precisar unas primeras aproximaciones acerca de la disciplina de la actividad publicitaria en general y los medios convencionales a través de los que es posible su difusión. Así, la obra se inicia estudiando el concepto de publicidad en el marco jurídico comunitario (la Directiva 84/450/CEE en materia de publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CEE a efectos de incluir la regulación de la publicidad comparativa y la Directiva 89/552/CEE sobre el ejercicio promocional en el medio televisivo) y en el sistema normativo italiano. En este último, las previsiones que a efectos de ejercer la actividad promocional han de tenerse en cuenta son, esencialmente: el art. 41 de la Constitución; los arts. 1336, 1337, 1341, 1342, 1469 bis- sexies y 2598 del Cc respecto de la corrección profesional; el Decreto Legislativo 74/1992 en materia de publicidad engañosa (modificado por el D. Leg. 67/2000 a efectos de incluir la normativa comunitaria sobre la publicidad comparativa) y, además, las normas sectoriales vigentes respecto de determinadas materias y otras de carácter deontológico, como lo es: el Codice di Autodisciplina Pubblicitaria. Hay que destacar que tanto el D. Leg. 74/1992, como la modificación introducida por el D. Leg. 67/2000, establecen una tutela de carácter administrativo para el consumidor o usuario frente a la publicidad ilícita, atribuyendo la competencia a la Autorità Garante Della Concorrenza e del Mercato, no sólo para hacer cesar dicha publicidad, sino también para limitar sus efectos. Si bien, la evolución de los medios de comunicación a través de los que es posible la difusión

publicitaria, en concreto los electrónicos, han llevado al legislador italiano a aprobar el D. Leg. 70/2003 (a fin de trasponer la Directiva 2000/31/CE).

Establecida esta primera valoración respecto de la conceptualización y regulación de la actividad publicitaria, el autor se ocupa de la evolución y desarrollo del nuevo medio de comunicación, Internet. Analizando con rigor no sólo las características y ventajas particulares de la Red destacando: la ilimitación geográfica, la interactividad, la disponibilidad de múltiples formas de comunicación adaptadas a la publicidad, las ventajas de Internet como canal de comercialización de información, de bienes y servicios a distancia y, en especial, la posibilidad de ejercer la actividad publicitaria según las referencias e intereses de los propios receptores; sino que, además, valora los rasgos específicos del ejercicio promocional electrónico en sí mismo. Siendo, en su opinión, la gran novedad: la notable flexibilidad y pluralidad de objetivos que permite alcanzar.

En este sentido, es de interés la dual acepción de la definición de publicidad electrónica reseñada por el Dr. Stazi, a saber: la primera, amplia, engloba cualquier forma de comunicación comercial difundida por las empresas e instituciones a través de la Red. Y, en segundo término, la acepción restringida, considerando sólo las comunicaciones comerciales dirigidas a un público target, utilizando para ello contactos con terceros. En definitiva, consideramos que el Doctor ha previsto dos formas de entender el ejercicio de la promoción electrónica en razón de la posible individualización del mismo.

Iguualmente, llama la atención la distinción principal entre la actividad promocional tradicional y la electrónica prevista en la obra. Pues, el autor ha considerado que mientras la primera es persuasiva y se basa, esencialmente, en los aspectos emocionales; la segunda, ha de ser de tipo informativo funcional respecto de los productos y servicios publicitados. Esta última es denominada por el autor, “infomercial”. Y ello, por cuanto el Dr. Stazi, entiende que no sólo posee una función comunicativa, sino que, además, permite la comercialización de forma inmediata, esto es: la ejecución del Comercio Electrónico. Poniendo, también, de relieve que se trata de una publicidad push, a diferencia de la de masas, que hace posible el trato personal, bajo demanda o narrowcasting y señalando algunas formas que permiten la particularización de la promoción como: el empleo de cookies o la técnica del feedback.

Sin embargo y por el contrario, la doctrina mayoritaria española ha entendido factible la identificación del concepto de publicidad previsto en la LGP y de comunicación comercial electrónica (tal es el caso de autores como: ESPINOSA CALABUIG o MARTÍNEZ MATE SANZ, entre otros), lo que supone que el mensaje publicitario no sólo posea carácter informativo, sino que, además, es necesario que contenga un matiz persuasivo. Es decir, que su contenido induzca al público a la adquisición o contratación de los productos y servicios promocionados. En nuestra opinión, ha de apoyarse esta identificación por cuanto consideramos que: la entidad anunciante promociona unos productos o servicios en la ejecución de un acto de comercio en el mercado virtual, el cual origina una comunicación entre el anunciante y el receptor de la publicidad. Por lo que, el contenido del mensaje comercial no sólo es informativo, respecto de los

bienes y servicios promocionados; sino que, además, pretende captar la atención del usuario al objeto de que, en última instancia, realice la transacción.

II.- El capítulo primero es de contenido más breve, pero no por ello menos importante. Pues, una vez que el Dr. Stazi analiza el concepto de publicidad ejercida tanto en los medios de comunicación convencionales, como en el entorno telemático y, en este último, además, aporta su propia consideración respecto de las peculiaridades de la actividad promocional electrónica, se ocupa ahora de una de las diferencias esenciales entre la promoción electrónica y la tradicional. Así, mientras que esta última es de alcance limitado, aquélla se caracteriza por ser transfronteriza. Circunstancia que hace necesario analizar la situación jurídica existente para normalizar el nuevo medio de comunicación.

En concreto, nos referimos al problema de la regulación del ejercicio publicitario a través de la Red telemática, pues mientras que en un determinado Estado una comunicación comercial puede ser lícita, en otro, puede resultar contraria a Derecho. En este caso, no pasan inadvertidas para el autor las soluciones que desde la óptica jurídica se han previsto, cuales son: el principio de control en origen y el principio de control en destino. El primero de ellos, implica la aplicación de la norma del país desde el que se difunde el mensaje publicitario. Por tanto, cuando el mensaje promocional cumple las reglas de un Estado

miembro de la UE, podrá ser difundido libremente en todo el mercado único. Por su parte, el principio de control en destino supone el cumplimiento de la regulación del país que recibe el mensaje promocional. Al respecto, el Dr. Stazi considera que el principio de control en origen es efectivo en materias como la protección de los derechos de autor y derechos conexos que se rige por normas privadas, pero quiebra en el marco de la actividad publicitaria, por cuanto que ésta se conforma -en general- por normas de derecho público. Si bien, en nuestra opinión, el principio de control en origen resulta más eficiente en cuanto a la regulación y control de las actuaciones promocionales on line. Y ello, no sólo porque el principio de control en destino limitaría en mayor medida el ejercicio comercial, sino también, por diversas razones. A saber: la normativa de la mayoría de los países se caracteriza por la prohibición de ciertas prácticas publicitarias consideradas ilícitas; además, todo usuario de la Red es consciente del alcance mundial y global de la misma, lo que les lleva a actuar con cierta cautela y diligencia y, finalmente, porque supone un mayor grado de seguridad jurídica desde la óptica empresarial y ello se proyecta en el auge del Comercio Electrónico y, por tanto, de la Economía en general.

El debate existente entre la efectividad de uno u otro principio lleva al Dr. Stazi a valorar la posible aplicación de las normas de Derecho Internacional privado. Aunque, es consciente de que la globalidad que singulariza la Red implica la difícil determinación del lugar de origen y ejecución de la actividad, lo que hace ineficiente el control nacional en este ámbito. Por todo, señala la necesidad de acudir a las normas convencionales, esto es: a la autodisciplina. En la cual se van a establecer los principios que rigen las actuaciones llevadas a cabo en las redes telemáticas. En este sentido, el autor poner como ejemplos: el European Advertising Standard Alliance y el Guidelines on Interactive Marketing Communications. Si bien, el Dr. Stazi añade a esta idea el preciso respeto tanto de los códigos de conducta, como el cumplimiento de las resoluciones adoptadas por los organismos autonormativos y, además, la necesidad de que los sujetos se adhieran a los mismos.

En concreto, en Italia la actividad publicitaria electrónica en general y salvo ciertas particularidades de las que el autor se ocupa en los siguientes capítulos, se rige por la normativa publicitaria vigente, en virtud del concepto de publicidad previsto en el art. 2 del D. Leg. 74/1992 y, de similar contenido, el Provvedimento n. 5019 de la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado, de 22 de mayo, 1997. Por lo que, en este panorama normativo, no existe impedimento alguno para considerar que tanto la Autoridad jurisdiccional ordinaria italiana, como la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato son competentes en materia de comunicaciones comerciales electrónicas. Pues, el D. Leg. 74/1992 no establece limitación respecto de la naturaleza del medio por el cual se difunde la publicidad. Si bien, el autor consideramos que matiza con acierto esta salvedad indicando que depende, de forma necesaria, de la nacionalidad de la empresa anunciante y del proveedor del servicio electrónico, debiendo ser ambos italianos. Por lo que, el problema se plantea respecto de las actuaciones llevadas a cabo desde servidores extranjeros. En cuyo caso, el autor recuerda la aplicación del principio de control en origen como solución más simple en la práctica, aunque no siempre sea factible y efectiva.

El Dr. Stazi se hace eco de forma específica de una de las materias más polémicas en el entorno telemático: la regulación de la práctica del spam o envío promocional no solicitado. Práctica ya prevista respecto del sistema de fax y del correo postal. Deteniéndose, el autor, en esta forma de ejercer la actividad publicitaria electrónica, considera que se trata de una práctica intrusiva. En tanto que, es necesaria la previa obtención de los datos personales del receptor, pudiéndose vulnerar su privacy. En el derecho italiano, a diferencia de lo que ocurre en el sistema español en el que existe una expresa regulación en esta materia (Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal), se aplica por analogía el art. 13. 1 e) de la Legge 675/96, referido al derecho del titular de los datos de oponerse al tratamiento de los mismos con fines publicitarios. Por tanto, sería posible el spamming en tanto que el usuario no hubiera manifestado su oposición. En este sentido, el autor considera que no puede llegarse a esta conclusión en los medios de naturaleza pública (como un foro de conversación). Pues, en este caso, habrían de respetarse las Netiquette que prohíben el envío publicitario masivo y no relacionado con el foro en cuestión, salvo consentimiento del moderador.

Para finalizar, el autor se ocupa del estudio de los sujetos que deben respetar y cumplir la normativa aplicable en materia de publicidad electrónica. En primer término, las entidades anunciantes. Pero, además, se plantea la responsabilidad de los providers por los contenidos difundidos (arts. 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE). Al respecto, el Dr. Stazi critica el excesivo nivel de discrecionalidad previsto y, además, la imprecisión de la norma italiana. Por ello, el autor se nuestra partidario del análisis caso por caso. Ya que, la imposibilidad de controlar la totalidad de los contenidos que se insertan en la Red, supone que los proveedores de servicios no sean absolutamente responsables.

III.- El capítulo segundo se ocupa de describir las diversas formas de difusión publicitaria electrónicas. En este apartado de su obra, el autor centra su atención en definir y estudiar desde el punto de vista teórico-práctico las herramientas tecnológicas que hacen posible la difusión publicitaria y la evolución de las mismas. El autor plantea una interesante distinción. Considerando, de un lado, aquellos medios textuales (correo electrónico o grupos de discusión, por ejemplo) y, de otro, los presentes en la Web en los que la imagen prevalece sobre la palabra (banner).

Además, el autor, siendo consciente de la multiplicidad de formas y recursos publicitarios en Internet, se encarga de describir y explicar otras técnicas: el advertorial, el rich media, el patrocinio, los juegos y

concursos, los minisitits, la creación de una página web, los chatlines, los motores de búsqueda mediante palabras clave o keywords, entre otros. Se ocupa, de modo especial, del correo electrónico, diferenciando dos usos básicos: las mailing lists y las newsletters. Si bien, añade una importante matización, pues indica la necesidad de distinguir la utilización de estos medios como canales de difusión publicitaria requerida o no solicitada (pasive advertising).

Para finalizar este capítulo, el autor se ocupa de la valoración de tres formas esenciales de comprobación de la utilidad y beneficio de la actividad publicitaria electrónica: la impresión, el click through y el establecimiento de archivos cookies. Siendo, este último, en el que más extiende su estudio. En tanto que presentan tres importantes utilidades: el trato personalizado con los usuarios, su utilidad en cuanto a la difusión publicitaria y como almacenamiento de datos concernientes a los sujetos on line. Siendo, la última utilidad, la que mayor polémica plantea desde la perspectiva jurídica (véase el art. 11 de la Legge 675/96).

Como último medio publicitario el Dr. Stazi centra su atención en el mobile marketing, pues tratándose de un medio de carácter personal se precisa respetar las normas existentes en materia de protección de la privacy.

IV.- Analizadas las formas de difusión publicitaria, en el tercer apartado se ocupa el autor del análisis de las previsiones jurídicas generales en materia publicitaria y que resultan de aplicación en el entorno electrónico. En concreto, se analiza el D. Leg. 74/1992 sobre la publicidad engañosa (modificado por el D. Leg. 67/2000 para incluir la publicidad comparativa) y el art. 2598 Cc respecto de la prohibición de la competencia desleal.

La primera polémica que se plantea es la posible omisión de datos relevantes en la publicidad, considerando que a diferencia de lo que ocurre en los medios convencionales, en el marco electrónico es una práctica ilícita siempre por su influencia directa en la voluntad del consumidor. En segundo término, se atiende a la necesidad de que la publicidad sea claramente identificada como tal para evitar engaños (art. 4 del D. Leg. 74/1992). Planteándose, en el caso telemático, el inconveniente tanto del reconocimiento como de la transparencia de la misma.

En el sistema normativo italiano, al igual que en el español, el control de la actividad publicitaria ilícita compete a la jurisdicción y, además, a la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado que actuará siempre tras una denuncia por parte del interesado (art. 2 D.P.R 284/2003 Reglamento sobre las normas de actuación y procedimiento de la Autoridad). Al respecto, el autor valora el específico deber de colaboración de los proveedores de Internet con dicha entidad y señala los inconvenientes que respecto del procedimiento pueden plantearse, como: el tiempo disponible para pronunciarse, el límite territorial de su competencia o el cumplimiento de sus pronunciamientos. Por ello, el autor defiende la aprobación de Convenios Internacionales o Acuerdos bilaterales o un sistema internacional de autodisciplina garantizado por órganos nacionales.

Por último, el autor se detiene en las normas de aplicación respecto de la tutela de la privacy y del consumidor en general frente a la práctica del spam. Para entender las leyes aplicables en este sentido, el autor hace una valoración entre las que son de aplicación directa (D. Leg. 171/1998, D. Leg. 185/1999, D. Leg. 70/2003) y las que lo son de modo indirecto (Legge 675/96). Para concluir, se hace referencia al Codice Netiquette que prohíbe el envío de mensajes publicitarios y comunicaciones no solicitadas de forma explícita por correo electrónico y el Codice in materia di protezione dei dati personali (D. Leg. 467/2001).

V.- El capítulo cuarto y último se ocupa de la valoración y establecimiento de posibles normas y principios jurídicos aplicables a las diferentes formas electrónicas de difusión publicitaria anteriormente indicadas. En primer lugar, el banner, al cual es de aplicación el D. Leg. 74/1992, determinadas previsiones del D. Leg. 70/2003 y ciertas normas sectoriales. Además, en opinión del autor, es esencial que el contenido del banner se halle relacionado con el de la página web en la que se establece. Si bien, el Dr. Stazi diferencia entre el banner publicitario y el interactivo. Definiendo, con acierto, que no es equiparable el mero mensaje publicitario (invitación) y la oferta contractual de los anuncios interactivos.

Las consideraciones que acabamos de señalar son, del mismo modo aplicables, a otras formas publicitarias electrónicas, aunque con matizaciones. Por ejemplo, a los interstitials y sister windows, pero el carácter intrusivo de estas formas hace necesaria una norma específica; a los minisites; a los advertorials que, además, deberán tener en cuenta las normas de la publicidad editorial; también, en el caso de los sistemas de búsqueda con palabras clave o keywords al que le es de aplicación, además, la normativa del patrocinio. En último término, las páginas web de contenido publicitario y los catálogos electrónicos deben respetar las normas indicadas respecto del banner, pero la propia naturaleza de dichos medios hace que se preste una especial atención al principio de veracidad y corrección de su contenido.

Ha de hacerse una referencia a la reciente práctica conocida como *schmooze* que consiste en la infiltración en los grupos como los mailing list o newsletters para, a largo plazo, hacerse con la dirección

del mismo y utilizarlo para llevar a cabo prácticas contrarias a Derecho. Por tanto, es un supuesto de publicidad oculta. Si bien, el Dr Stazi, a fin de no vulnerar la manifestación constitucional de la libre opinión (art. 21 de la Constitución italiana), entiende que debe valorarse no sólo la relación existente entre quien emite la opinión y la entidad comercial, sino también la intención del mensaje. Es decir, el aspecto objetivo y subjetivo de la comunicación y del operador comercial.

VI.- La obra que nos presenta el Dr. Stazi no sólo ha cubierto las expectativas teóricas que, como colaborador del Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Telecomunicazioni, se preveían; sino que, además, posee una indudable relevancia práctica. Características que nos llevan a afirmar la importancia de su trabajo. Destacando, en especial, la rica información que contiene, la claridad en su exposición y el razonamiento de las soluciones que el autor señala respecto de los problemas que, desde la óptica jurídica, se plantea a lo largo de la misma.

La materia prevista en la presente obra ha sido trabajada por el autor con un exhaustivo rigor desde una doble perspectiva. De un lado, la técnica, en concreto respecto del estudio de los medios y formas de difundir la comunicación comercial. Y, en segundo término, la jurídica. Centrada, esencialmente, en el problema de la normativa aplicable a esta nueva forma de llevar a cabo el ejercicio publicitario. Pues, la

nueva situación jurídica, social y tecnológica, creada por el desarrollo de la Sociedad de la Información, ha hecho de Internet un canal de comunicación eficiente, rápido y de bajo coste y, al mismo tiempo, eficiente. De lo que deriva la modificación del entorno empresarial y de la actuación de los consumidores y usuarios. Así, Internet supone la conexión entre Derecho e Informática, hecho que hace converger un cúmulo de cuestiones. Si bien, el Derecho, al que compete la ordenación de la conducta social, no puede quedar ajeno a esta realidad, sino que ha de aportar soluciones a las nuevas cuestiones jurídicas planteadas.

<https://www.diritto.it/stazi-andrea-la-pubblicita-commerciale-on-line-giuffre-editore-milano-2-004-192-pags/>