

COMUNICACIÓN 22

LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA IDEACIÓN, EJECUCIÓN Y DIFUSIÓN DEL MENSAJE Y DEL MODO PUBLICITARIO EN LA RED

ESTHER MARTÍNEZ PASTOR

Universidad Católica de Murcia

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, los sujetos que participan en la comunicación publicitaria son, esencialmente, cuatro: el emisor, el ejecutor, el difusor y el receptor¹. Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad así lo dispone en los artículos 10 y 11. La aparición de Internet ha provocado el nacimiento de nuevos sujetos que intervienen en la creación y la difusión de los mensajes y modos publicitarios en la red que la ley ni contempla ni carga de responsabilidades, si incumplieran alguna las normas vigentes. El anunciante siempre es el único sujeto responsable de la publicidad por el hecho de iniciar la misma, artículos del 25 al 33 de la Ley de Publicidad. Sin embargo, esto parece cuanto menos extraño, porque participan otros muchos sujetos que esta Ley excluye.

¹ Cfr. Santaella, M., *El nuevo derecho de la publicidad*. Ed. Civitas, Madrid, 1991.

Ante esta realidad se abordará: los sujetos que intervienen en la ideación, ejecución y difusión de la publicidad en la red, las facultades que éstos tienen y las responsabilidades jurídicas que la ley positiva regula y las que el legislador debería tener en cuenta a efectos de una futura norma de la publicidad en la red.

2. SUJETOS QUE PARTICIPAN EN LA IDEACIÓN, EJECUCIÓN Y DIFUSIÓN DEL MENSAJE Y DEL MODO PUBLICITARIO EN LA RED

Desantes² señaló que en el Derecho de la Información existían tres sujetos: el organizado, el profesional y el universal. El desarrollo de estos conceptos se ha visto ampliado con la aparición de Internet. Cousido³ señala que los actores en la red son: el sujeto organizado, el sujeto profesional, el sujeto metaprofesional y el sujeto universal, que a continuación se analizarán.

El *sujeto organizado* se refiere a cualquier organización, pública o privada, que posea una estructura, que desarrolle un trabajo formado por un equipo humano y que persiga un fin mercantilista o benéfico. Es decir, las empresas o las instituciones, públicas y privadas, que publicitan sus productos o servicios son numerosas en la red. En definitiva, es el anunciante. Los nuevos sujetos organizados que se encuentran en la red son prestadores de servicios y, en concreto titulares de los sitios que son dominios que recogen páginas *web*; los portales que actúan como proveedores de contenidos y de servicios para los navegantes; y los buscadores que abastecen a los usuarios de contenidos y de servicios.

El *sujeto profesional* son los actores que participan en la realización de las comunicaciones publicitarias. Hay dos tipos de sujetos profesionales: los ejecutores y los difusores. El sujeto ejecutor de la comunicación es la agencia de publicidad. Los sujetos profesionales difusores de la comunicación son empresas públicas y privadas que participan en la difusión del mensaje. Éstos son: las centrales de medios, las agencias de exclusivas publicitarias, las redes publicitarias y los proveedores de acceso.

² Cfr. DESANTES GUANTER, J. M^a. : *La información como derecho*. Ed. Editora Nacional Madrid, Madrid, 1974, pp. 72-94.

³ Vid. COUSIDO, M^a P., *Derecho de la comunicación en Internet*, Vol. III. Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 14.

El *sujeto metaprofesional* son grupos informales sin personalidad jurídica que defienden la libre navegación de la red de los abusos de los publicistas en la red. De hecho, las asociaciones de internautas y de usuarios actuaron activamente para conseguir la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que entró en vigencia en el año 2002.

El *sujeto universal* es el receptor de un mensaje en la red.

2.1 *Facultades de los sujetos intervinientes en la publicidad*

Estos sujetos tienen facultades. Desantes⁴ apunta que las facultades del Derecho a la Información son la de investigación, la de difusión y la de recepción. A cada una de estas facultades le corresponden unos derechos y unas obligaciones.

La *facultad de investigar* corresponde a todos y cada uno de los usuarios. Así la red permite que los usuarios investiguen, por ejemplo, acerca de un anunciante y, a su vez, que éste ejerza también esta facultad. Si antes de la aparición de la red la facultad de investigar era más propia de los medios de comunicación y de los profesionales, como apuntaba Desantes, actualmente Internet actualiza la universalidad de esta facultad en todos los sujetos.

La *facultad de difundir* corresponde al titular de un *site* en el que aparece un anuncio bajo cualquier modo publicitario. Corredoira y Alfonso indica que el momento de la difusión es cuando se “cuelga” una información en la red, en este caso un mensaje publicitario. Es decir, el instante en el que el anuncio se da a conocer. Se recuerda que en la red, la difusión es diferida dado que los servidores almacenan toda la información que existe. En el momento en que un usuario solicita una página *web*, el servidor o servidores correspondientes muestran la información. Sin embargo, técnicamente esto cambia y debe ser tenido en cuenta por el legislador para acuñar una terminología adaptada en este nuevo medio. Cabe indicar que esta observación se hace extensible a la edición y a la exhibición que, en la red, se funden en un solo momento que es cuando aparece en pantalla.

La *facultad de recibir* es propia de todos los sujetos que se conectan a la

⁴ Cfr. DESANTES GUANTER, J. M., *La información como derecho...* o. c., p. 73.

red. Los anunciantes y los titulares de dominios imposibilitan a los usuarios tanto la facultad de no recibir como la posibilidad de selección. Éstos no tienen la posibilidad de elegir si quieren recibir la publicidad. Simplemente se les imponen. Los receptores lo admiten por costumbre o por inconsciencia.

Esto provoca que la publicidad en la red permite que la facultad de investigación se ejerza por todos los usuarios sin restringir las fuentes a un determinado sujeto, como ocurría antes con los sujetos profesionales; la facultad de difusión está supeditada al titular de un dominio que permita desarrollar esta actividad; y la facultad de recibir está limitada por los anunciantes y los titulares de dominios que imponen la publicidad y no dejan que los usuarios puedan ejercer su derecho a elegir o a no recibir. Sin embargo, son numerosas las ocasiones en las que éstos derechos no se respetan ni por los sujetos organizados ni por los sujetos cualificados. Así, son numerosos los anuncios que se muestran sin identificarse ni advertir de su aparición, como por ejemplo en los *pop ups* o en los *advertorials*. Esta publicidad y, por ende, los sujetos que la propician debería ser sancionada. Para ello el legislador debería determinar que los responsables son todos los que participan de la creación y difusión de los mismos, a saber, los prestadores de servicios, los anunciantes, las agencias de publicidad, las centrales de medios y las redes de publicidad. Y en cuanto a una cadena de responsabilidades sería aconsejable determinar que el que inicia la publicidad es sobre el que debería recaer la mayor responsabilidad y en cuyo interés se realiza la publicidad. Posteriormente, el prestador de servicios o el titular de un dominio, que es quien permite la puesta de la publicidad a disposición del público permitiendo la inserción en un dominio y, finalmente, las agencias de publicidad, las centrales de medios y las redes de publicidad que trabajan para el anunciante y deberían conocer los usos y costumbres de su trabajo.

2.2 *Responsabilidad administrativa civil y penal*

La doctrina entiende que tradicionalmente la responsabilidad en cascada de los sujetos que actúan en la publicidad es de índole administrativa, civil y penal. Según la profesora Cousido⁵, la responsabilidad en cascada respecto de los demás medios de comunicación convencionales en Internet se modifica.

⁵ Vid. Cousido, M^a. P., *Derecho de la comunicación en Internet*. o. c., p. 213.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Regulación de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁶, en su artículo 130.1, dispone que son responsables y sancionados por la Administración aquellos sujetos que cometan infracciones *administrativas* que suponen vulnerar el Ordenamiento jurídico. Autores como Bel⁷, Corredoira y Alfonso⁸ y Azurmendi⁹ consideran que esta responsabilidad es *quasi* inexistente, y por extensión en Internet, porque se fundamenta sólo en los mensajes publicitarios y no en la responsabilidad administrativa.

En el segundo caso, la *responsabilidad civil* se circunscribe a las relaciones particulares. El artículo 1902 del Código Civil dice que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado” y el artículo 1903 hace expresamente responsables a “los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”. La responsabilidad de la infracción cometida por el director, el productor, el impresor o el reproductor del medio de comunicación es de carácter solidario.

En el tercer caso, la *responsabilidad penal*, de acuerdo con el artículo 28¹⁰ del Código Penal, dispone de una amplia lista de responsables. Como apun-

⁶ Vid. BOE, de 27 de noviembre, de 1999 rect. en BOE, de 28 de noviembre, de 1992, y enero de 1993.

⁷ Vid. BEL MALLÉN, I., Corredoira y Alfonso, L., *Derecho de la Información*, Vol. I. Ed. Colex, Madrid, 1992, p. 231.

⁸ *Ibidem*, p. 231.

⁹ Cfr. AZURMENDI, A., *Derecho de la Información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. Ed. EUNSA, Pamplona, p. 285.

¹⁰ El artículo 28 del Código Penal indica que: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos. Conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habrá efectuado.” Este artículo considera que son responsables tanto los autores del hecho como los que inducen y los que cooperan. Por el contrario, el artículo 30 del Código Penal dice que: “1. En los delitos y faltas que se comentan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente. 2. Los autores a los que se refiere al artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. 3. Cuando por cualquier motivo, distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso de la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.” Este artículo se refiere sólo al medio impreso, pero, por extensión, se entiende que puede ser aplicado para los demás medios de comunicación.

ta Cousido¹¹, abarca a los responsables de los medios impresos y audiovisuales que son: los autores materiales de la redacción y a sus inductores, a los directores, a los editores y a los impresores. Parada¹² apunta que, aunque la Constitución no incluye expresamente el principio jurídico de *non bis in idem*, la doctrina ha defendido su vigencia porque unos mismos hechos no pueden ser juzgados de manera diferente para el Derecho Administrativo y para el Derecho Penal. Es incompatible una sanción penal con una administrativa. Y, de acuerdo con el artículo 25 de la Constitución, se prohíbe la tipificación simultánea de iguales conductas con diferentes efectos sancionadores. Por ello, el Tribunal Constitucional acepta el principio de *non bis in idem* como un principio general del derecho.

En la red, Cousido¹³ considera que las nuevas tecnologías introducen dos nuevas figuras. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, dispone que existen dos únicos responsables en la red que son, por un lado, los operadores de redes y los proveedores de acceso y, por otro lado, los prestadores de servicios. Ambos son responsables sólo si conocen que la información que transmiten, almacenan o facilitan no es lícita. En caso contrario, la ley les exime de responsabilidades si están establecidos o tienen su domicilio en España.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, determina las obligaciones y las responsabilidades de los prestadores de servicios. No obstante, antes de abordarlas, es necesario aclarar los términos que la ley define como: prestador de servicios, sitio y operador en red.

El anexo c) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, señala que un prestador de servicios es una persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información. Un sitio que aloja publicidad es un prestador de servicios. El operador de redes, para Cremades, es “una empresa explotadora de una red de servicios básicos de telecomunicaciones que posee en propiedad la infraestructura, la autorización y los medios para dar servicio”¹⁴.

¹¹ Vid. COUSIDO GONZÁLEZ, M^a. P., *Derecho de la Comunicación impresa*, Vol. I. Ed. Colex, Madrid, 2002, p. 275.

¹² Cfr. PARADA, R., *Derecho Administrativo*, Vol. I. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 135.

¹³ Vid. <http://www.derecom.com>

¹⁴ Vid. CREMADES, L. et ali. : *Telecomunicaciones 1000 conceptos básicos*. Ed. La Ley, Madrid, p. 156.

Méndez y Vilalta¹⁵ afirman, a la luz de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que las obligaciones son: la constancia registral del nombre de dominio, la información en general y el deber de colaboración. El artículo 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, dispone que los prestadores de servicio establecidos en España tienen que comunicar el nombre de dominio en el Registro Mercantil en el que se encuentren inscritos o inscribirse en un registro público para adquirir la personalidad jurídica, en el plazo de un mes. Deben comunicar todo acto de sustitución o cancelación del nombre de dominio; y, aquellos prestadores de servicios que, antes de la entrada de la Ley 34/2002, (de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico), utilizaran más de un nombre de dominio deberán solicitar la anotación de, al menos, uno de ellos en el registro público. El incumplimiento de esta norma, artículo 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, supone una infracción leve que se sanciona con una multa de treinta mil euros, artículo 38.4 a. de la misma norma.

El artículo 10 de la Ley 34/2002, (de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico), dice que los prestadores de servicios deben ofrecer a los usuarios y a los órganos competentes la siguiente información: el nombre o denominación social, el domicilio, la dirección de correo electrónico, los datos de inscripción en el Registro Mercantil, los datos relativos a la autorización administrativa previa para el desarrollo de la actividad, los datos del Colegio Profesional, el número de identificación fiscal, la información clara y exacta sobre el producto o servicio y los códigos de conducta a los que se encuentra adherido. El incumplimiento de este artículo supone una infracción grave con una sanción de una multa de ciento cincuenta y uno hasta seiscientos mil euros, según los artículos 38.2 b y 39.1 de la Ley 34/ 2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

El artículo 11 indica que los prestadores de servicio establecidos en España tienen la obligación de colaborar con la Administración para: retirar determinados contenidos, suspender la transmisión y el alojamiento de datos, acceder a las redes de telecomunicaciones o prestar cualquier servicio. La fal-

¹⁵ Vid. MÉNDEZ, R. Y VILALTA, E., *Obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*. Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 16-21 y Gómez Segade, J. A., *Comercio electrónico*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 255.

ta de estas medidas se considera una infracción grave, en los artículos 38.2 b y 39.1 de la Ley 34/2002, (de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico). El artículo 36.1 (de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico), dispone que los prestadores de servicios deberán permitir a la Administración la inspección o la consulta de cualquier documentación. Así, todo dominio que esté inscrito en España o tenga su principal establecimiento en este país, y tenga conocimiento de que alberga publicidad que atente contra los intereses legítimos de los usuarios está sujeto a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el Ordenamiento jurídico (artículo 13.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico). La territorialidad no es exclusiva de la ley española. Un ejemplo de ello es el caso de “Yahoo”. El Tribunal de *Grande Instance* de París dictó un recurso de urgencia contra Yahoo con el propósito de impedir a los ciudadanos franceses la entrada a este sitio porque éste subastaba artículos relacionados con la propaganda nazi que está prohibida en Francia. Este tribunal ordenó, sin éxito, las siguientes medidas a Yahoo: la eliminación de cualquier acceso a las páginas *webs* de este dominio que ofrezcan obras u objetos de ideales nazis; la inserción de un mensaje en el sitio de Yahoo Francia (.fr) de la venta de este tipo de objetos; y, la eliminación de todos los directorios o los enlaces que permitieran el acceso a páginas *webs* relacionadas con el holocausto judío. Sin embargo, Yahoo está sometido a las leyes estadounidenses y un tribunal francés no puede prohibir este servicio¹⁶. Esta sentencia pronunciada por el Tribunal del Distrito del Norte de California en el caso “Yahoo” pone de manifiesto el principio de control de origen, como apunta Tato Plaza¹⁷. Para este autor el tribunal americano:

“apuesta en pro del principio de control en origen de los mensajes que se difunden a través de Internet. De modo que la licitud o corrección de estos mensajes habrá de ser analizada atendiendo al Ordenamiento jurídico del Estado donde aquellos mensajes tengan su origen. A partir de aquí, poco importa que, dado el carácter extraterritorial de la red, aquel mensaje pueda ser leído o captado en cualquier parte del mundo.”¹⁸

¹⁶ Vid. <http://www.derecom.com>

¹⁷ Vid. TATO PLAZA, A., “El control de contenidos en Internet: algunas notas en torno a la sentencia del tribunal del Distrito Norte de California en el caso Yahoo”. En la revista de *Autocontrol*, núm. 61, febrero, 2002, p. 20.

¹⁸ *Ibidem*, p. 20-21.

Según la sentencia del Tribunal del Distrito Norte de California, un mensaje es lícito o no por la red dependiendo del país en que se origine. La jurisdicción que se aplica es la establecida en el país desde el que se “cuelga” el mensaje en la red. Sin embargo, Tato Plaza considera que:

“No encontramos en aquella sentencia, en cambio, un reconocimiento expreso del principio de reconocimiento mutuo. Esto es, del principio que recoge la libre difusión de mensajes que sean lícitos en sus respectivos Estados de origen, aún cuando puedan contravenir o infringir el ordenamiento de algún Estado en el que el mensaje pueda ser captado o recibido. (...) Por contraste, ha sido la aplicación del principio de reconocimiento mutuo -al lado de otras medidas- la que ha permitido la lenta construcción de un mercado único presidido por el principio de libre circulación de mercancías; y sin duda ha de ser también a partir de aquel principio como se alcance la libre difusión de ideas, opiniones y mensajes a través de Internet.”¹⁹

El principio de reconocimiento mutuo no se ha expresado en la sentencia americana. Resulta extraño que este principio se obvie y, en cambio, para la elaboración de un único mercado este principio sea esencial. Tato Plaza propone que:

“será a partir de los principios de control en origen y reconocimiento mutuo como se ha de construir el régimen jurídico de la publicidad en Internet. De modo que es deseable que el debate se centre, sobre todo, en las posibles excepciones a la aplicación de aquellos dos principios.”²⁰

Tanto el principio de control en origen como el principio de reconocimiento mutuo deben ser recogidos como parte de un régimen jurídico de la publicidad en Internet.

El artículo 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, alude a que los prestadores de servicios deben retener los datos relativos a las comunicaciones electrónicas para identificar el origen de los datos alojados y el momento en el que se inició la comunicación por un período máximo de doce meses. Esto excluye el contenido de los mensajes transmitidos por vía electrónica. El incumplimiento de la retención de estos datos y la utilización de los mismos

¹⁹ *Ibidem*, p. 22.

²⁰ *Ibidem*, p.22.

para otros fines a los descritos se considera una infracción muy grave, según los artículos 38.2 b y 39.1 de la Ley 34/ 2002.

El régimen de responsabilidades de los prestadores de servicios, según Méndez y Vilalta²¹, se aplica a los siguientes sujetos: los operadores de redes y proveedores de acceso, los prestadores de servicios que realizan copia temporal de datos solicitados por los usuarios, los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

El artículo 14 de dicha Ley, dice que los operadores de redes y proveedores de acceso son responsables en los siguientes casos: si han originado la transmisión, si han modificado datos, si han seleccionado los datos y si han seleccionado a los destinatarios de los datos. Los sujetos que transmitan datos y que manipulen técnicamente los mismos durante su transmisión quedan exentos de responsabilidad.

El artículo 15 sí apunta que los prestadores de servicios que realizan copias temporales de datos relacionados solicitados por los usuarios, cuya función es almacenar los datos por un tiempo provisional, son responsables de los mismos en los siguientes casos: cuando modifican la información, cuando permiten el acceso a personas ajenas al tratamiento de los datos, cuando no se respetan las normas generales del sector de la sociedad de la información, cuando obtienen datos sobre la utilización de la información y cuando no retiran una información que la Administración les ha indicado.

El artículo 16 señala que los prestadores de servicio de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan datos proporcionados por el destinatario del servicio son responsables si conocen que la información almacenada es ilícita o lesiona los derechos de terceros.

El artículo 17 dispone que los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, que tienen como finalidad facilitar enlaces a otros contenidos y que incluyen en sus contenidos directorios con otros contenidos de búsqueda, son responsables en el supuesto de que conozcan que la información a la que se remite en los enlaces es ilícita o lesiona los intereses de terceros.

²¹ Vid. MÉNDEZ, R. Y VILALTA, E., *Obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*. Ed. Bosh, Barcelona, 2003, pp. 22-27.

Así pues, se comete una infracción administrativa en el caso de que un prestador de servicios, que alberga un anuncio publicitario, no esté inscrito en el Registro Mercantil, en cuyo caso ese sitio está vulnerando un procedimiento formal. La responsabilidad civil se desencadenaría en el caso de que se envíe una comunicación comercial, como por ejemplo un *spam*²², y el receptor actúe contra el emisor. Existe responsabilidad penal en el caso de que un contenido publicitario contenga una injuria o una calumnia.

2.3 *Acción de cesación y rectificación*

Los efectos y las acciones que pueden iniciar los legítimos y padecer los sujetos pasivos son inexistentes tanto de Derecho como de hecho. Según De La Cuesta, la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, no dice expresamente quiénes son los sujetos legitimados pasivamente porque:

“el silencio de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad en punto a la legitimación pasiva en la acción de cesación no debería dar por sobrentendido (sic) que es el anunciante quien debe ser únicamente demandado (como ocurre en la práctica), sino que aquel silencio debe suplirse con las reglas generales del Derecho y estimar que deben ser demandados todos aquellos a los que la sentencia de cesación puede afectar.”²³

Recuérdese que, para De La Cuesta²⁴, el legitimado pasivo es la cualificación que ha de tener un sujeto para poder ser demandado. Así, la relación procesal en un juicio consiste en la legitimación activa, que es el demandante, y en la legitimación pasiva, que es el demandado. Para Santaella²⁵ la ley indica que el anunciante es el único sujeto legitimado pasivamente en el proceso publicitario. Mientras que los sujetos activos son, según la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, aquellos con interés legítimo así

²² Es un modo publicitario en la red que consiste en el envío no deseado de publicidad al correo electrónico de uno o más usuarios.

²³ *Ibidem.*, p. 226.

²⁴ *Ibidem.*, p. 226.

²⁵ Vid, SANTAELLA, M., *El nuevo Derecho de la Publicidad...* o. c., p. 187.

como las asociaciones de consumidores y usuarios, artículo 25. Sin embargo, De La Cuesta dice que:

“la publicidad encubierta compromete, pues, al medio informativo, porque en que éste sea fidedigno descansa el volumen y la fidelidad de su audiencia. Luego la proscripción de la publicidad encubierta mira también a la protección del interés del medio en no verse comprometido como emisor de los mensajes de publicidad.”²⁶

El anunciante y el medio informativo son responsables de la publicidad. La Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en el artículo 25, dispone expresamente que la acción de cesación o de rectificación se dirige contra el anunciante. Sin embargo, los titulares de los dominios son responsables. Éstos deben ofrecer a sus lectores información fiel de sus contenidos para que éstos tengan confianza en la empresa informativa. Los *efectos* de la publicidad en la red son tanto para el anunciante como para el medio de difusión que acepta incluir un anuncio publicitario.

Así por ejemplo, el jurista podría entender que son responsables de la aparición de un mensaje publicitario bajo la apariencia de un *advertorial*²⁷ en la red: los sujetos profesionales, ejecutores y difusores, y los titulares de dominios. En el primer caso, los publicitarios o los periodistas que redactan el *advertorial* deberían saber que es una publicidad ilícita y, por lo tanto, no permitida. En el segundo caso, los titulares de dominios son difusores de un modo publicitario con un ropaje informativo. Sin embargo, la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, sólo responsabiliza al anunciante porque es quien inicia el proceso publicitario y quien realiza los contratos de creación y difusión publicitaria con los demás sujetos. Aunque, como apunta De La Cuesta Rute:

“debe reconocerse a cada medio el derecho a rechazar la publicidad que por cualquier causa puede representar una contradicción con su línea editorial, con mayor motivo deberá el medio poder mantenerse al

²⁶ Vid. DE LA CUESTA RUTE, J.M., *Curso de Derecho de la Publicidad*. Ed. EUNSA, Pamplona, 2002, p. 166.

²⁷ Los *advertorials* son un modo publicitario que aparece en red, pero también existe fuera de ella con el nombre de *publicity*. El *advertorial* es un mensaje publicitario que aparece como una noticia y no es pagada. Aparentemente, los *advertorials* son noticias porque aparecen con el resto de la información y no se diferencian del resto, cuando en realidad son mensajes de hechos más persuasivos.

margen de cualquier equívoco acerca del sujeto emisor de los mensajes publicitarios.”²⁸

Cualquier titular de dominio podrá rechazar un anuncio, como un *advertorial*, si considera que puede perjudicar a su página y, por ende, a sus públicos. Con más razón si es una modalidad publicitaria ilegal. Igualmente los sujetos profesionales, periodistas y publicistas, pueden rechazar elaborar o difundir un *advertorial*.

Los sujetos afectados por un anuncio en la red pueden solicitar una acción de cesación o de rectificación. Ambas se realizan por escrito para que se pueda tener constancia de la fecha, la recepción y el contenido. También cabe la posibilidad de que la cesación o la rectificación se obtengan por vía amistosa para evitar la vía judicial, mediante juicios arbitrales.

La acción de cesación se sitúa en la responsabilidad civil. Un sujeto activo exige la interposición de una sanción económica a un anunciante por el daño ocasionado.

La acción de cesación puede solicitarse en cualquier momento desde el comienzo hasta el final de la actividad publicitaria. Según el artículo 25 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, cualquier persona natural o jurídica afectada o cualquiera que tenga un interés legítimo podrá solicitar al anunciante la cesación de la publicidad ilícita. Y en el caso de que la publicidad en Internet afecte a intereses colectivos, la cesación podrá ser solicitada por el Instituto Nacional de Consumo, las asociaciones de consumidores y usuarios o las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea. La acción de cesación tiene como fin obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la ley y para evitar su reiteración (art. 29 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad).

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, también regula las acciones de cesación por el artículo 30.1 que dice que éstas se interponen en dos situaciones: una por conductas contrarias a la susodicha ley y, dos, por lesionar intereses colectivos o difusos de los consumidores. Las responsabilidades que la norma dispone son de carácter administrativo, civil y penal.

²⁸ Vid. DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Curso de Derecho de la Publicidad...* o. c., p. 166.

La acción de rectificación sólo podrá solicitarse desde el inicio de la actividad hasta siete días después de la finalización de la misma. El anunciante, a contar desde los siete días de la recepción de la rectificación, tiene la obligación de notificar al remitente la rectificación de la misma. En el caso de que no hubiera respuesta o de que ésta fuera negativa se recurrirá al Juez. Éste estimará oportuna la rectificación o no.

De acuerdo con la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, un sujeto con interés legítimo puede interponer la acción de cesación y de rectificación al anunciante. Aunque, como se ha dicho, sería oportuno que el legislador revisase la responsabilidad de la difusión de publicidad en la red para extenderla también a los sujetos profesionales y a los titulares de dominio. Los efectos de estas acciones son suspensión total o parcial de un anuncio, la rectificación del mismo y, en ocasiones, una sanción económica. Si se aplicase por analogía la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, sólo serían responsables de las acciones y de los efectos indicados en esta norma los anunciantes. Es decir, se excluirían todos los demás sujetos que, igualmente, participan en la creación y difusión de un anuncio en Internet. El jurista debería reformular esta responsabilidad y extenderla a los demás sujetos subsidiariamente.

3. CONCLUSIONES

Los sujetos que intervienen en la ideación, ejecución y difusión de la publicidad y no respetan el derecho positivo deberían ser responsables de sus actos. Para ello el legislador debería establecer un régimen sancionador identificando a los responsables. En el primer caso, podría indicar las acciones que puede interponer un usuario afectado y su correspondiente sanción. Y en el segundo caso, determinar que los responsables podrían ser, en este orden, primero, los anunciantes que proponen realizar publicidad en su beneficio; segundo, los proveedores de servicios que aceptan los anuncios en sus páginas *webs*, las agencias de publicidad, las centrales de medios, las agencias de comunicación y las redes publicitarias que son intermediadores entre los anunciantes y los medios, y, finalmente, los publicistas que trabajan por cuenta ajena.

BIBLIOGRAFÍA

- AZURMENDI, A., *Derecho de la Información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. Ed. EUNSA, Pamplona, 2001.
- BEL MALLÉN, I., Corredoira y Alfonso, L., *Derecho de la Información*, Vol. I. Ed. Colex, Madrid, 1992.
- COUSIDO GONZÁLEZ, M^a. P., *Derecho de la Comunicación Impresa*, Vol. I. Ed. Colex, Madrid, 2002.
- COUSIDO, M^a P., *Derecho de la Comunicación en Internet*, Vol. III. Ed. Colex, Madrid, 2001.
- CREMADES, L. et ali. : *Telecomunicaciones 1000 conceptos básicos*. Ed. La Ley, Madrid
- DE LA CUESTA RUTE, J^a M., *Curso de Derecho de la Publicidad*. Ed. EUNSA, Pamplona, 2002.
- DESANTES GUANTER, J. M^a., *La información como derecho*. Ed. Editora Nacional Madrid, 1974.
- GÓMEZ SEGADE, J. A., *Comercio electrónico*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.
- MÉNDEZ, R. Y VILALTA, E., *Obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*. Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- PARADA, R., *Derecho Administrativo*, Vol. I. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- SANTAELLA, M., *El nuevo derecho de la publicidad*. Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- TATO PLAZA, A., "El control de contenidos en Internet: algunas notas en torno a la sentencia del tribunal del Distrito Norte de California en el caso Yahoo". En la revista de Autocontrol, núm. 61, febrero, 2002.