

La Publicidad Comercial sobre soporte digital. Internet y otras tecnologías como plataformas de la Publicidad Comercial.

FERNANDO MUSSO GUERRERO

Profesor ayudante de Derecho Comercial I

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesor patrocinante: Alvaro Parra

RESUMEN: Un sistema legal que fomente el desarrollo de un mercado y un consumo sanos es el que por una parte establece normas de defensa a los intereses de los consumidores y usuarios; el que promueve prácticas sanas entre comerciantes, buscando evitar que entre los competidores de un mercado específico se generen situaciones ajenas al marco de lealtad, veracidad y transparencia en la que se debe dar la competencia comercial, evitando los abusos y distorsiones de mercado; y que contiene normas que tengan por finalidad que el consumidor pueda tomar decisiones bien informadas, las que logra principalmente por medio de la Publicidad Comercial. Por lo mismo, y considerando el tratamiento disperso que se advierte en nuestro ordenamiento jurídico sobre la Publicidad, es que se hace necesario incorporar a nuestra legislación un Estatuto Legal de la Publicidad. Si a lo anterior agregamos que el advenimiento de tecnologías de la información ha supuesto un cambio del paradigma dentro del cual se desarrollan las actividades del mercado, para completar el circuito de normas que regulen un mercado moderno es necesaria una norma general que ordene los derechos y deberes de quienes acuden por y quienes prestan servicios de la Sociedad de la Información.

1. La Publicidad Comercial como fenómeno y materia de estudio del Derecho y en particular del Derecho Comercial.

Si se acepta que el Mercado es el punto de encuentro entre oferentes y demandantes de bienes y servicios, sea este con existencia física concreta o de existencia o realidad virtual, como ya se ha instalado en nuestra sociedad, debemos asimismo aceptar que en nuestros días, y habida cuenta del avance de la economía y de la forma en que se hacen los negocios orientados a las

grandes masas de consumidores, la Publicidad¹, entendida como "...actividad que trata de atraer la atención del público consumidor o de una audiencia hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación..."², viene a ser la bisagra, el detonante o el comburente esencial del consumo de enormes cantidades de bienes y servicios a una masa de individuos dotados de los recursos económico-adquisitivos necesarios para pagar dichos bienes y servicios y que requieren la información, el incentivo o la motivación necesaria para decidir que y a quien adquirirle y qué, cómo y cuánto debe pagar por ellos³.

La Publicidad, en consecuencia, hoy es un elemento de esencial importancia en cualquier valoración que se pretenda hacer respecto al Mercado, sea este físico o virtual, de bienes, servicios o cualquier otra clasificación que respecto a dicho concepto se pretenda o esboce, de manera tal que se puede afirmar la existencia de una relación simbiótica entre ambos conceptos, Mercado y Publicidad. Por lo anterior, hoy es imposible para el Derecho en general y para el Derecho Mercantil en particular eludir el impacto que la Publicidad tiene en las distintas manifestaciones o formas que adoptan los negocios y cómo esas formas acarrearán consigo un amplio espectro de consecuencias y consideraciones jurídicas que nacen de ella.

2. La irrupción de los soportes digitales como plataformas para la Publicidad Comercial. El cambio de paradigma del tipo publicitario sobre soportes digitales y tecnológicos.

Si los primeros antecedentes de comunicaciones con contenido publicitario se encuentran en los Pregoneros en Grecia y Roma, es solo con la irrupción de la imprenta que va adquiriendo poco a poco la forma y desarrollando su técnica tal como la conocemos hoy. Muy especialmente ligada al desarrollo de la técnica publicitaria se encuentra la Prensa, que en las "*Gacetas*" y "*Hojas de Aviso*" da sus primeros pasos hacia lo que hoy entendemos por Publicidad⁴. Se encuentra por tanto íntimamente conectada su evolución y desarrollo, en cuanto a técnica y acervo de conocimientos, a su manifestación y por sobre todo a su

¹ Respecto al concepto de Publicidad, el profesor Arturo Yrarrázabal Cobarrubias la define como "...Técnicas para dar a conocer a los consumidores las características de los bienes...". Ver YRARRAZABAL COBARRUBIAS, Arturo, *Diccionario Jurídico Económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, junio 2012, Pág. 617.

² SANTAELLA LÓPEZ, Manuel, *Derecho de la Publicidad*, Editorial Civitas, Primera Edición, Madrid 2003, Pág. 30.

³ En este sentido DE LA CUESTA RUTE, José María, en *Curso de Derecho de la Publicidad*, Editorial Eunsa, Primera Edición, Navarra 2002, Pág. 36. Cuando señala "...Y es que la Información que procura el mensaje publicitario ha de presentarse persuasivamente para lograr que los destinatarios de la comunicación queden efectivamente informados y tengan, por consiguiente, en cuenta las oportunidades que el mercado les ofrece según aquella información..."

⁴ Véase SANTAELLA LÓPEZ, MANUEL, op. Cit. Pág.23.

"conducción" en un soporte "material"⁵ en el cual conste. Hoy esa materialidad ha dado paso a los nuevos espacios que la tecnología progresivamente le ha ido ganado a las distancias, a las fronteras nacionales, a los accidentes geográficos, a los idiomas y por cierto a esa materialidad o corporeidad física de la cual las comunicaciones no verbales eran totalmente dependientes. Y es que, en un fenómeno cuya velocidad vertiginosa lo único que hace es recordarnos a la famosa "Ley de Moore", en virtud de la cual los avances tecnológicos permiten que la velocidad de procesamiento de datos se duplique cada dos años⁶, sólo hace tres décadas atrás tecnologías de conectividad de redes informáticas bastante más precarias que las que hoy encontramos en nuestros hogares estaban exclusivamente reservadas a círculos militares y científicos sumamente exclusivos pertenecientes a las grandes potencias de la época. Hoy dichas tecnologías ya se encuentran instaladas en las estructuras sociales actuales de tal manera que su alcance es tan transversal como democrático e imposible concebir un mundo, en su sentido más cabal, que sea capaz de prescindir de ellas.

En el escenario actual de desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, del procesamiento de datos, de la irrupción de la hiperconectividad, de la remotización de tareas y actividades, de la domótica, etc., la Publicidad ya se encuentra completamente instalada en cada forma y manifestación tecnológicamente apta para soportarla. Y no podía ser de otra forma si se tiene en cuenta que si en soporte físico la publicidad comenzó a ocupar espacios en los periódicos, revistas y en cuanta publicación impresa fuese posible, aprendidas las lecciones de la iniciación y desarrollo de la Mercadotecnia, los expertos en ella, al ver el nacimiento de Internet y su expansión hacia espacios domésticos de extensión universal, de inmediato hicieron el cambio de paradigma y redefinieron el alcance de su ciencia o arte hasta el punto en que, utilizando las nuevas herramientas tecnológicas, llegaron hasta cada hogar y persona que hoy tenga acceso a ellas.⁷

⁵ Respecto a la "materialidad" del soporte o vehículo que contenga al mensaje publicitario hoy más que nunca ya se ha constatado que es en sí mismo un concepto complejo, muy particularmente respecto del tema que nos convoca, ya que de hecho la materialidad de las comunicaciones electrónicas no es fácil ni de explicar ni de entender, ya que ésta se sustenta, en última instancia, en la transmisión de una serie de "paquetes" de códigos binarios, transmitidos por impulsos electromagnéticos, ya sea por redes de cables o por el espectro radioeléctrico, que descifrados por medio de funciones predeterminadas en los computadores o terminales receptoras son capaces de decodificarlos y "presentarlos" en pantalla tal como los neófitos en programación informática los vemos y percibimos, tal como si fueran impresiones de un periódico.

⁶ Respecto a la Ley de Moore y quien la enunció, Gordon Moore, cofundador de Intel, véase "<http://www.intel.com/cd/corporate/techtrends/emea/spa/209840.htm>."

⁷ En este sentido, tal como lo señala el profesor Santiago Muñoz Machado "...La sociedad de la información trae consigo la pretensión de sustituir el soporte papel por el electrónico para los acuerdos y contratos que se celebran en el mercado cibernético. Lo cual requiere resolver, antes que nada, un dogma tradicional de la galaxia Gutenberg, que niega valor a los documentos electrónicos..." el advenimiento de las nuevas tecnologías ha obligado a encontrar respuestas en nuestros conceptos jurídicos tradicionales referidos a la contratación comercial, y muy especialmente como veremos respecto a la formación de los contratos que jamás pudieron prever siquiera la existencia de esta nueva "materialidad" o más bien

Como consecuencia de la abrumadora penetración de los mensajes publicitarios por medio de los nuevos soportes tecnológicos de comunicaciones, si hace unos años la pregunta que se hacía era respecto de la licitud de llamadas telefónicas de contenido publicitario que se hacían a un universo masivo de clientes, luego la pregunta fue si era jurídicamente aceptable que mensajes con distintos contenidos, publicitario o no, fuesen enviados por vía de correos electrónicos (*Spam*) a cientos de miles de personas que, en su inmensa mayoría inconscientemente, por medio de dispositivos tecnológicos de captación de preferencias por la navegación de cada usuario (Cookies⁸ por ejemplo), invisibles e imperceptibles para la inmensa mayoría de ellos, quedaban registrados en gigantescas bases de datos. Hoy el análisis se ha diversificado, y como consecuencia de lo anterior se han generado nuevas preguntas asociadas a cada nuevo soporte tecnológico y a sus peculiaridades.

Si antes fueron las comunicaciones epistolares –entendidas en soporte físico–, luego las emitidas por medio de telegramas, teléfonos, grabaciones magnéticas, ondas electromagnéticas usando el espectro radioeléctrico, televisión etc., el escenario actual es francamente insospechado en cuanto a lo que se podría esperar en el futuro. Hoy distintos soportes tecnológicos confluyen en el espacio de las prestaciones de comunicaciones a los usuarios, haciendo transparente, imperceptible o, en el mejor de los casos, intrascendente cuál es la tecnología que se está usando. Un usuario puede conectarse a Internet sea por medio de su teléfono celular como por medio de su televisor digital o su computador. No es relevante de cara al usuario cual es el vehículo que utiliza para lograr la conectividad, pero sí la consecución del objetivo: conectarse a la red. Y mejor se alcanzará dicho objetivo mientras más altas sean las prestaciones de velocidad de acceso a la información requerida. Es más, tal como ya existe acuerdo tanto en la Doctrina, en las legislaciones especiales de carácter nacional y supranacional, como en la jurisprudencia internacional, el soporte tecnológico no es lo relevante, de hecho el objetivo legislativo-tecnológico relevante para el derecho es que las tecnologías sean “*Neutras*”, lo que significa que únicamente debe servir de soporte para el acceso de la información sin importar sus características técnicas, y no definitorias del contenido presentado. De acuerdo a lo antes expresado, de cara al análisis en derecho respecto de los mensajes publicitarios emitidos sobre soportes digitales, el medio tecnológico utilizado, sea este telefonía celular, conexión WAN, LAN, Ethernet, televisión por cable, televisión satelital, wi-Fi, BAM o cualquier otra que exista actualmente o se desarrolle en el futuro, y sin perjuicio de las consideraciones jurídicas

“inmaterialidad” o “virtualidad” documental. Al respecto, véase MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Regulación de la Red*, Editorial Taurus, Primera Edición, Madrid, 2000, Pág. 119.

⁸ El Profesor Javier Ribas Alejandro las define como “...pequeños ficheros de datos que se generan a través de las instrucciones que los servidores web envían a los programas navegadores, y que se guardan en un directorio específico del ordenador del usuario...” Véase RIBAS ALEJANDRO, Javier, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998, Pág. 50.

correspondientes al acceso y uso que se pueda hacer de dichas tecnologías, es indiferente. Lo relevante jurídicamente, para los efectos del presente trabajo, es el contenido del mensaje publicitario y cómo los anunciantes y avisadores han logrado niveles de penetración en sus campañas insospechados hace muy poco tiempo.

Sin perjuicio de lo anterior, y considerando el explosivo aumento de la publicidad en Internet, que supera con creces la expansión de cualquier otro medio de difusión de publicidad habida cuenta del tremendo éxito y ductilidad de la Red para adaptarse a las necesidades de los anunciantes, constituyéndose actualmente en uno de los canales de comunicación o medio de difusión publicitaria más importantes, es conveniente abordar algunos ejemplos concretos de formatos técnicos o tipos por los cuales se puede difundir publicidad en los soportes digitales actualmente:

a) La Página Web:

Tal como se ha configurado, la exposición de productos y servicios en Internet, la forma esencial de publicidad que hará una empresa o una persona que ofrezca dichos productos o servicios en la red, será por medio de una *página web*. De hecho la mayoría de los tipos publicitarios sobre soporte digital que analizaremos a continuación lo que pretenden justamente es conducir al *usuario-visitante* a la *página web* principal del anunciante. Y es que más allá de las consideraciones técnicas y a su conceptualización estricta, la *Página Web* es el soporte en el que el titular –por denominarlo de una forma que lo distinga del anunciante propiamente tal– ubica y expone contenidos. Dichos contenidos normalmente corresponden a información, la que en la mayoría de los casos está dispuesta de una forma estudiada y premeditada, con la intención precisa de capturar la atención del visitante de la página, transmitiéndole una serie de elementos sea en textos, imágenes, colores o sonidos. Si dentro de las actividades que desarrolla el titular se encuentra la oferta de bienes o la prestación de servicios y dentro del contenido de la página web se explicitan de cualquier forma esas actividades o giros, tendrán un efecto persuasivo para motivar o promover la contratación de esos bienes o servicios “informados” por el titular en su página web. El contenido de la información ubicada por el “titular” en su página web en el supuesto anterior será entonces de naturaleza publicitaria, porque promoverá la contratación de bienes o servicios por medio de técnicas de persuasión. En ese momento el “titular” habrá adquirido, además, la calidad de “Anunciante”.

Y es que cada vez que el titular de una página web define elementos de la presentación visual y textura de la página, lo que está haciendo es acudir a herramientas que se orientan a la comunicación al visitante de determinadas características que lo ubican dentro de parámetros o categorías que lo harán

más o menos atractivo para el éste. Esa comunicación de características a la que apela el anunciante –titular de la página– constituye en si mismo un mensaje de persuasión, una comunicación comercial, un mensaje publicitario.⁹

b) El Spam

Corresponde a un mensaje de naturaleza publicitaria “*enviado directamente a las direcciones de los usuarios sin que estos lo hayan autorizado directamente*”¹⁰. En nuestro país, tal como antes lo hicieron las legislaciones norteamericana¹¹, de la Unión Europea¹², y española¹³, el tema fue abordado en nuestra legislación mediante su incorporación en la Ley del Consumidor, Ley 19.496, la que en su artículo 28 B establece específicamente la regulación de las “*Comunicaciones Promocionales o Publicitarias enviadas por correo electrónico*”, obligando a los proveedores que dirijan o envíen dicho tipo de correspondencia electrónica a indicar una dirección de correo electrónico válida a la que el destinatario pueda solicitar la suspensión del envío.

El *Spam* resulta especialmente pernicioso considerando que esta técnica de Marketing Directo es utilizada generalmente por el anunciante sin contar con el consentimiento del destinatario, quien por una parte sufre las molestias del costo del espacio de memoria de sus computadores, de tiempo, y otra porque el creciente abuso que se presentó de este tipo publicitario comenzó a traducirse en una ralentización de los servicios como consecuencia del altísimo tráfico y volumen que representaba en el universo de comunicaciones electrónicas.

c) El Pop Up

Su traducción literal es que “salta de repente”, sin embargo este tipo publicitario consiste en una “ventana emergente” que requiere previamente del inicio de una sesión o la apertura por parte del usuario de una página web principal en la que, bajo determinadas condiciones predefinidas por el anunciante –y naturalmente por el programador– activa y despliega en la pantalla un cuadro

⁹ Al respecto, véase TATO PLAZA, Anxo, “Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones”, en *Comercio Electrónico en Internet*, Gómez Segade, José Antonio (Director), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, Pág. 193.

¹⁰ MARTÍNEZ PASTOR, Esther, *Régimen Jurídico del Modo Publicitario en Internet*, Universidad Católica San Antonio, Primera Edición, Murcia, 2005, Pág. 102.

¹¹ Así la *Electronic Mailbox Protection Act*, luego la *Unsolicited Commercial Electronic Mail Choice Act* y la *Netizens Protection Act*, todas ellas de 1997, y posteriormente *The Hill Email* del año 2001 fueron las primeras leyes que regularon el tema en Estados Unidos.

¹² En el caso de la Unión Europea la reacción legislativa al fenómeno del *Spam* se inicia a partir del año 2000, con la *Directiva 2000/21/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, referida al Comercio Electrónico al interior del propio mercado europeo y luego con la *Directiva 2002/58/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, referida a la privacidad de las comunicaciones electrónicas.

¹³ Véase la ley española sobre Servicios de la Sociedad de la Información, Ley 34/2002, de 12 de Julio de 2002.

que contiene propiamente la información de carácter publicitario o promocional. Vale la pena hacer presente un par de características técnicas del *Pop Up*, como que para su funcionamiento requiere de un *nombre de dominio*, lo que en principio hace identificable a su titular –que puede no ser la misma persona del anunciante–. Asimismo, para el funcionamiento del *Pop Up* se requiere necesariamente de un Sitio principal que lo aloje, porque el propio código fuente del *Pop Up* debe incluirse en código del Sitio receptor.¹⁴ Es conveniente señalar que el *Pop Up* es un tipo, una herramienta de comunicación de información sobre soporte digital, la que puede o no tener carácter publicitario y que nuestra legislación, como en la totalidad de los tipos que a continuación analizaremos no han sido recogidos ni incorporados conceptualmente al ordenamiento jurídico nacional.

Dentro de los *Pop Ups* cabe distinguir entre aquellos que son “solicitados” por el propio usuario de aquellos que se despliegan sin la autorización de este, generando estos últimos evidentes y notables dificultades en la navegación.

d) El *Banner*

Son pequeños anuncios ubicados en las páginas web que, al ser pulsados por el usuario, remiten a la página web del anunciante. A diferencia de un anuncio publicitario impreso o ubicado en paletas, carteles, totems u otros soportes publicitarios “físicos”, el *Banner* tiene la virtud de comunicar el mensaje publicitario –al igual que los antes mencionados– pero además de permitir el acceso directo del usuario a la información sobre el producto o empresa promocionado en él.¹⁵

e) El *Link*

Desde un punto de vista puramente técnico, consiste en un recurso o herramienta informática de remisión a una página web de determinado titular consistente en la inclusión de una dirección de una página web precisa a la que se pretende redireccionar. Visto así, su contenido y alcance es axiológicamente neutro de cara al fenómeno jurídico-publicitario sobre soporte digital. Según el profesor Alejandro Ribas, el link es un “enlace hipertextual” que al ser pulsado por el usuario lo remite a un sitio que contiene la información indicada.¹⁶

Pudiese afirmarse además que existe una gran cercanía entre el *Banner* y el *Link*, o a lo menos eso pareciera si intentáramos comparar las características distintivas de ambos. Sin embargo el *Link*, a diferencia del *Banner* que si tiene un contenido, un mensaje de naturaleza jurídico-publicitaria, únicamente con-

¹⁴ MARTÍNEZ PASTOR, Esther, Op. Cit. Pág. 121.

¹⁵ Al respecto, véase TATO PLAZA, Anexo, Op. Cit. Pág. 193.

¹⁶ RIBAS ALEJANDRO, Javier, Op. Cit. Pág. 31.

siste, a lo menos desde una perspectiva eminentemente técnica, en un recurso o herramienta informática de remisión a una página web de determinado titular. Dependerá de cuál sea el contenido de la página a la que se remite si es que correspondería discutir o no respecto a la "*naturaleza publicitaria*" del *Link*. Habrá que considerar para definir tal calificación si es que junto al *Link* se encuentran mensajes o información de naturaleza puramente publicitaria, caso en el cual se definiría con nitidez la utilización del recurso propiamente como un *Link Publicitario*.

f) El Patrocinio

Según la profesora Lidia Arnau Raventós, en su obra *El Contrato de Patrocinio Publicitario*, éste puede ser conceptualizado en la práctica mercantil como un contrato en el que una de las partes "...a cambio de la prestación económica que se ofrece con fines de facilitación del desarrollo de la actividad ajena, se compromete a colaborar publicitariamente a beneficio de dicho oferente..."¹⁷. Por su parte, dentro de la doctrina nacional, el profesor Ricardo Sandoval López lo conceptualiza como

*"...una figura jurídica en virtud de la cual una persona natural, denominada patrocinado, mediando un apoyo económico, para la práctica de un deporte o para la ejecución de una actividad cultural, científica o de beneficencia, se obliga a colaborar por diversos medios a la publicidad del patrocinador, que es generalmente una empresa del tráfico mercantil..."*¹⁸.

Respecto a este último concepto, y guardando el natural respeto por la figura del profesor Sandoval, me permito discrepar en un punto que limita dicho concepto, al circunscribirlo única y exclusivamente a que el Patrocinado pueda ser una "*persona natural*". Y es que justamente el espacio de la contratación sobre recursos digitales, como lo es cualquier forma de manifestación o expresión de contenidos en Internet, en soportes de telefonía celular, redes sociales o cualquier otra forma de canalización de comunicación por vía digital, se hace bastante claro que muchas de las iniciativas, incluso emprendimientos empresariales –por distinguir entre actividades con y sin fines de lucro– que se desarrollan sobre dichos soportes muchas veces no son de titularidad de personas naturales, sino de personas jurídicas y cuentan con el soporte o auxilio financiero de un Patrocinador.

Pero ¿cuál es la relación entre Publicidad y Patrocinio? En estricto rigor son conceptos diferentes, que pueden tener puntos de conexión, coexistencia y

¹⁷ ARNAU RAVENTÓS, Lidia, *El Contrato de Patrocinio Publicitario*, Editorial La Ley, Primera Edición, Madrid, 2001, Pág. 11.

¹⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contratos Mercantiles*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Tomo II, Santiago, 2003, Pág. 679.

diálogo, que se nutren recíprocamente, pero que operan en el tráfico mercantil de manera independiente. Así, mientras la Publicidad tiene por objetivo la comunicación de un mensaje con contenido orientado a informar y persuadir al destinatario de las virtudes o ventajas de un determinado bien o servicio a objeto de generar una operación de contratación sobre dicho bien o servicio, el Patrocinio lo que pretende es apoyar el desarrollo de una iniciativa contra la entrega por parte del Patrocinado de espacios publicitarios en los que el Patrocinador ubica o expone su marca. Ese apoyo normalmente consiste en una ayuda económica, sin embargo, particularmente considerando el impacto gráfico y visual que supone la ubicación de la marca del Patrocinador puede significar además el reforzamiento del contenido de la página del Patrocinado cargándola de una serie de “valores” intangibles asociados a la marca del Patrocinador.

Determinado el hecho de que el Patrocinio genera como contraprestación por el auxilio económico prestado por el Patrocinador la concesión de espacios publicitarios por el Patrocinado, normalmente dichos espacios en los que se ubica estrictamente la marca y signos distintivos del Patrocinador, van además asociados a la inclusión en la página del Patrocinado de otros tipos de modos publicitarios sobre soportes digitales como *Banners*, *Links* y otros de los que revisamos en éste acápite.

g) El Cursor Animado

El Cursor corresponde a una herramienta cuya finalidad es asistir a los usuarios en la navegación, permitiéndoles “*clickear*” o seleccionar determinadas alternativas deseadas por éste, conduciéndolos a ellas. Este dispositivo puede, además de su función práctica de navegación en la red, tener la calidad de tipo o soporte publicitario digital, siendo utilizado por los anunciantes para introducir mensajes o animaciones de naturaleza publicitaria. De esta forma el *Cursor Animado* puede adoptar la forma del logotipo de una marca determinada, el que particularmente cuando se trata de una marca renombrada puede contener una intención promocional o de publicidad comercial. Este tipo publicitario es propiamente digital, dado que no existe otro tipo publicitario, de existencia material, que tenga las características que él tiene, haciéndolo, en alguna medida, similar al *Pop Up*.

h) El *Interstitial*

Es un tipo publicitario propiamente digital, ya que, aun cuando tiene similitudes evidentes con un *Spot*, el vehículo que lo soporta debe necesariamente tener características de operatividad digital, como un *smartphone*, un computador, una *tablet*, televisor digital o cualquier otro dispositivo que le permita al usuario ver el contenido, pero sin privarlo de la posibilidad de detenerlo, adelantarlos,

retrocederlo o reproducirlo cuantas veces quiera o esté determinado. El *Interstitial* es un tipo publicitario sobre soporte digital que permite al usuario visualizar anuncios publicitarios como si se tratara de un *Spot*. Un ejemplo de *Interstitial* son los anuncios que se despliegan al ingresar por ejemplo a un periódico *on-line*, cuando aparecen imágenes que corresponden a un anuncio publicitario tal como si el usuario lo estuviera viendo en el cine o en el formato clásico de televisión. Y es que aunque se puede tratar exactamente del mismo anuncio en cuanto creación y contenido, la gran diferencia entre el *Spot* y el *Interstitial* radica en que esa misma obra ubicada y difundida en soporte digital le permite al usuario acceder directamente a otro sitio, tal como un *Banner* o un *Pop Up*, detener, activar, retroceder y adelantar su contenido, etc.

i) El Viral:

Vistos algunos de los ejemplos más relevantes de tipos publicitarios sobre soporte digital, he reservado las menciones sobre este tipo en particular para el final de esta revisión debido a la importancia y altos niveles de efectividad y penetración que ha alcanzado.

El concepto de Publicidad "*Viral*" fue acuñado en el año 1994 por el profesor de la Universidad de Nueva York *Douglas Rushkoff*, quien en su obra *Media Virus* afirmaba que cada vez que los usuarios de los servicios gratuitos de correo electrónico, como Hotmail y Yahoo, enviaban un correo, estos sitios incorporaban publicidad comercial a dichos mensajes. De acuerdo al postulado de Rushkoff cada vez que ese mensaje publicitario llegaba a una persona sensible o receptiva e interesada en la publicidad del servidor, esa persona se "infectaba", activando una cuenta propia de correo, propagando la infección por todos sus propios destinatarios de correos¹⁹.

Instalado el concepto en el circuito de la Teoría de las Comunicaciones, rápidamente los publicistas no tardaron en hacer las adaptaciones convenientes para desarrollar sus inmensas potencialidades de alto impacto y difusión, transformándolo en un nuevo tipo de publicidad sobre soporte digital.

Hoy la técnica se ha desarrollado a tal nivel que se ha transformado en una eficaz herramienta que trabaja sobre el supuesto de que enviando el mensaje a una cantidad determinada de individuos que califican o coinciden con determinadas características de selección previa –quienes pasan a ser la "primera generación" del mensaje enviado– si un porcentaje de esos individuos reenvía el mensaje ya habrá una propagación epidemiológica. Si por su parte un porcentaje de esa

¹⁹ Al respecto véase el artículo de la profesora de la Universidad Pompeu Fabra doña Mónica JIMENEZ MORALES, "Publicidad Viral: La comunicación por contagio" en <http://www.upf.edu/hipertextnet/numero-6/publicidad-viral.html>.

“segunda generación” de receptores reenvía nuevamente el mensaje a nuevos destinatarios, el éxito y el impacto de la campaña estará prácticamente asegurado, considerando el bajo costo que significa para el anunciante en cuanto a la difusión misma del mensaje publicitario. El foco para el anunciante debería centrarse entonces en la creatividad y persuasividad del mensaje, que en definitiva será lo que permitirá que, como una vez que se transmite de boca en boca, vaya permeando la mayor cantidad de capas de usuarios-consumidores, y que mientras mayor sea el alcance que se logre, mayores serán los réditos económicos que se obtengan. Las ventajas para el anunciante son evidentes: costos mínimos, alto impacto y ausencia de fronteras.

Sólo para graficar la penetración que puede alcanzar un *Viral*, hay que considerar que los usuarios los difunden no sólo por medio del reenvío de correos electrónicos, sino que muy especialmente hoy lo hacen por medio de sus cuentas en redes sociales como Facebook o Twitter. Las empresas, siempre atentas a las señales del mercado, rápidamente han orientado sus esfuerzos publicitarios a ese tipo de plataformas, habida cuenta de las inmensas ventajas que representa para la optimización de sus recursos y la generación de posicionamiento en el mercado.

3. La Publicidad comercial por medio de soportes digitales frente al Derecho.

Constatada la relevancia de la Publicidad por medio de soportes digitales, ha quedado planteada ya la inquietud de cuál es la respuesta del Derecho frente a los eventuales conflictos que se pueden generar en dicha actividad.

La respuesta y experiencia a nivel nacional es compleja. Y la complejidad se encuentra dada por una parte por un grado de dispersión de normas referidas a la actividad publicitaria, por otro lado como consecuencia de la ausencia de una norma de carácter sistematizador que aglutine los principales institutos referidos a la actividad publicitaria, especialmente la comercial, pero sin olvidar otras manifestaciones de ella como es la Publicidad Política o como corresponde denominarla “Propaganda”²⁰, y finalmente porque en nuestro sistema jurídico-económico el conjunto de leyes que se han dictado para regular algunos aspectos de las operaciones y conductas que se pueden dar en el mercado y entre sus actores se encuentran plenamente operativas y han sido eficientes en la administración de los conflictos surgidos hasta el momento. Ejemplo de ello son la Ley 19.496, de *Defensa de los Derechos del Consumidor*, la Ley 20.169, que *Regula la Competencia Desleal*. A las antes mencionadas deben agregarse

²⁰ Véase el Párrafo 6° de la Ley 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios, que bajo el epígrafe “De la Propaganda y Publicidad” desarrolla el tema desde la perspectiva política y electoral.

la Ley 19.628, que *Protege los Datos de Carácter Personal*²¹ y algunas normas específicas, como la correspondiente a la que regula la publicidad y promoción de medicamentos, contenida en el D.S. N° 3 del año 2010²², la referida al etiquetado de alcoholes, contenida en la Ley 18.455, y las normas referidas a la publicidad de tabacos, contenidas en la Ley 19.419²³, las que complementan el tratamiento legal que en Chile encontramos sobre la actividad publicitaria. En el caso específico de la Ley 19.419 la prohibición a la publicidad de actividades y productos relacionados con el tabaco tiene, además, una referencia y alcance expreso y específico respecto a la publicidad ubicada en "...páginas de Internet cuyos dominios correspondan a la terminación "punto cl"..."²⁴, prohibiendo, tal como lo expresa, cualquier forma de publicidad contenida en páginas web accesibles por medio de la digitación de nombres de dominio de Primer Nivel ".cl", que son aquellos asignados por el NIC Chile²⁵, con lo que viene a dar el primer reconocimiento legal expreso a la importancia de Internet como nuevo soporte para la actividad promocional y publicitaria, lo que es un inmenso avance en línea con lo que se sostiene en este trabajo. Cabe señalar, respecto a la norma citada, que ésta pareciera quedar algo estrecha en cuanto a su capacidad de adaptación frente a determinadas variantes o bemoles de la propia red de Internet. En esta línea, surge la duda de qué sucede con situaciones como las de *Twitter* o *Facebook*, en las que pudiendo tratarse de cuentas creadas por usuarios ubicados dentro del territorio nacional, podría interpretarse que no infringen la norma desde el momento en que cualquier publicidad referida al tabaco que difundan, por ejemplo por medio de un *Viral*, pueda quedar fuera del ámbito de acción de la ley por no corresponder

²¹ A la fecha se encuentra en Primer Trámite Constitucional un Proyecto de Ley que introduce modificaciones a la Ley 19.628, con indicaciones del Ejecutivo.

²² Publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de Junio de 2011, y con una vacancia legal de seis meses desde su publicación para entrada en vigencia, el Decreto Supremo N° 3 de 2010, del Ministerio de Salud, es uno de los mas acabados textos de regulación de la actividad publicitaria en nuestro país. Sus definiciones son precisas y, habida cuenta de la suma importancia de la forma en la que se debe manejar el mercado farmacéutico y como ese mercado se conecta con los consumidores, el Ministerio de Salud elaboró un texto sumamente completo y que contiene los principales principios que deben acompañar a la actividad publicitaria, como son la veracidad, integridad, exactitud y susceptibilidad de comprobación de la información contenida.

Véase <http://www.ispch.cl/sites/default/files/u33/DTO%20N°%203-2010%20DIARIO%20OFICIAL.pdf>

²³ La Ley 19.419, sobre Actividades Relacionadas con el Tabaco, fue recientemente modificada por la Ley 20.660, en virtud de la cual la publicidad, directa o indirecta, referida al tabaco en cualquier forma fue expresamente prohibida.

²⁴ Véase el inciso 4° del actual artículo 3° de la Ley 19.419.

²⁵ Organismo dependiente del Departamento de Ciencias de la Computación de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Chile, que en el año 1986 recibió la delegación de la IANA (*Internet Assigned Number Authority*) la creación y administración de los Nombres de Dominio de Primer Nivel registrados bajo el sufijo ".cl". Véase <http://www.nic.cl>.

Actualmente, trabajando en forma conjunta con el NIC Chile se encuentra el Consejo Nacional de Nombres de Dominio y Números IP, del cual forman parte el propio NIC Chile, la SUBTEL y la Subsecretaría de Economía, siendo su "...misión principal formular recomendaciones sobre las políticas aplicables para el buen funcionamiento de la red Internet en Chile en materia de nombres de dominio y de números IP..." Véase <http://www.cnnn.cl>.

estrictamente al tipo descrito por ella –“...páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación “punto cl”...”–, y en consecuencia establecerse una ventana por la cual franquear la prohibición.

Por otra parte el mercado ha tendido a autorregularse en forma más o menos satisfactoria. De hecho, aun no existiendo una norma legal que sistematice la actividad publicitaria, las conductas que han generado conflictos entre partes han sido abordadas y resueltas, bien sea por las normas de la *Ley de Defensa de Derechos del Consumidor*, por la *Ley que Regula la Competencia Desleal* o directamente las partes afectadas han acudido a las normas deontológicas que al efecto la propia agrupación de anunciantes y medios ligados a la actividad publicitaria, el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria –CONAR–²⁶ han articulado y consagrado en el *Código Chileno de Ética Publicitaria*²⁷, texto sobre el que haremos algunas consideraciones hacia el final de este trabajo.

Pero volviendo nuevamente sobre la legislación nacional reiteramos que, no obstante haberse dado un paso importante al reconocer a Internet como un soporte por el cual se puede difundir publicidad y en consecuencia ponerlo dentro del espacio de regulación, a lo menos en lo que a los dominios “.cl” se refiere, ésta no tiene un tratamiento sistemático sobre los puntos que han de ser cubiertos si se pretende dar una regulación armónica a la actividad publicitaria en general, y mucho menos respecto a la Publicidad por soportes digitales en particular. La crítica en este punto no es por la simple inexistencia de la norma, sino porque, aun cuando hasta la fecha el mercado y la jurisprudencia de los tribunales superiores han sabido dar respuestas adecuadas a los conflictos que se han planteado en esta área, la sistematización y estructuración de las materias, la determinación de cuáles son los actores relevantes de dicho mercado, cuáles son sus roles en él y cómo se trazan las relaciones entre ellos, de cuáles son los tipos de publicidad, del contenido y naturaleza de los mensajes publicitarios, de las restricciones y advertencias al público respecto al contenido de los mensajes publicitarios, de la enunciación –tipificación– de los distintos tipos de contratos de naturaleza jurídico-publicitaria, de los procedimientos jurisdiccionales y de las sanciones que deberían ser aplicadas frente a los distintos supuestos de conductas lesivas, tanto al interés general como a intereses particulares, supondría un inmenso avance. Si a una iniciativa como la antes señalada, que regulase la actividad publicitaria, y a efectos de dar consistencia con los avances de la tecnología y de las técnicas de comunicaciones, se agregara una norma especial que regulase los distintos aspectos, variantes y consecuencias a las que nos enfrentamos en una sociedad informatizada, “hiperconectada” y “virtualizada”, aportando en la ordenación que al respecto deben tener aspectos tan relevantes como los roles de los actores que se

²⁶ Véase <http://www.conar.cl>

²⁷ Véase <http://www.conar.cl/codigo-etica/>

desempeñan en el mercado, como los prestadores de servicios de acceso a redes de conexión de cualquier naturaleza (celular, Internet, BAM, Televisión Digital etc.), los usuarios, y los derechos, obligaciones y limitaciones que ellos deberían encontrar para sus actuaciones y actividades ejecutadas en el entorno de la sociedad de la información, debidamente armonizadas y sincronizadas, actuando en forma complementaria a las normas que regulan la Competencia Desleal, las que regulan la Protección de los Derechos de los Consumidores, las referidas a la Protección de Datos de Carácter Personal, unidas a otras regulaciones específicas como las referidas a los alcoholes, tabacos, medicamentos, armamento, materiales corrosivos, explosivos, combustibles o cualquier otra que requiera un tratamiento especial, contribuiría significativamente a hacer del entramado legislativo que se refiere al consumo en Chile un sistema más compacto y armónico todavía, menos susceptible a la generación de distorsiones del mercado, menos permeable a conductas abusivas por las partes más fuertes, colaborando con la introducción en nuestra legislación de conceptos que por ahora únicamente se encuentran en la doctrina o en el ya citado Código de Ética Publicitaria. Tan es así que incluso podría extenderse la regulación a otras actividades, como por ejemplo los servicios de profesionales independientes como los propios abogados, los contadores, médicos etc., porque lo esencial respecto a la actividad publicitaria es comprender que se trata de difusión de información, y su primer reconocimiento legal en nuestro ordenamiento se encuentra en la propia Constitución, en su artículo 19 N° 12. Tenemos por tanto derecho a ser informados, "...sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se comentan en el ejercicio de estas libertades..."²⁸, o como señala el profesor Lawrence Lessig al referirse a la Libertad de Expresión en la red "...El derecho a expresarse libremente no conlleva el derecho a expresarse gratis. (Es decir, libertad de expresión no significa expresión libre de consecuencias)..."²⁹. No ha de tenerse miedo por tanto a la existencia de la Publicidad, incluso en el ejercicio de nuestra profesión, en donde nuestras tradiciones y usos profesionales han generado una imagen en la sociedad que nos ha ido encuadrando en un traje de solemnidad mal entendida. Nuestra profesión necesita de profesionales serios, conocedores de las herramientas que presta el derecho para el logro de fines lícitos en defensa de los intereses de sus clientes, cualquiera que sea el ámbito en el que ejerzan la profesión. Nos debemos a la responsabilidad social que significa ser distinguidos dentro de esa misma sociedad por tener una formación de elite y en ese punto nos debemos a un ejercicio serio, eficiente y responsable. Pero lo anterior no obsta a que se produzcan cambios en la forma en la que se aborda tanto en la sociedad como al interior del Foro mismo la promoción o publicidad de los servicios profesionales de abogados independientes y estudios jurídicos. En los hechos cada página web en sí misma

²⁸ Véase art. 19 N° 12 de la Constitución Política de la República.

²⁹ LESSIG, Lawrence, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Editorial TaurusesDigital, Primera Edición en traducción al español, Madrid, 2001, Pág. 303.

es una ventana de promoción de servicios profesionales. Cada vez que en esas páginas se insertan los nombres de "*clientes representativos*", incluso agregando las marcas y signos distintivos de dichos clientes, lo que se está haciendo no es otra cosa que, tal como lo señalamos anteriormente, aprovechar la reputación y ciertos "*valores*"³⁰ asociados a dichos clientes. Cuando se hace referencia a la ubicación de determinados abogados o estudios en rankings internacionales, cada vez que se diseña la imagen corporativa de un Estudio Jurídico, por pequeño que sea, o se "*maquetea*" su página web buscando una tipología de fuente de letra, colores o isotipos determinados, o cómo será el pantallazo y el *look and feel* de ella para el visitante, lo que se está haciendo, en mayor o menor escala, es incorporar un mensaje tendiente a generar un interés, a transmitir determinadas características, valores o derechamente información que capture la atención del visitante y de lograr ser lo más convincente posible, y eso es publicidad. Y no hay nada de malo en ello, solo debe hacerse de manera responsable, transparente y verificable de cara al cliente y al visitante en general.

Considerando entonces a la Publicidad como una actividad inescindible del mercado mismo se constata sin dificultad su importancia en la forma en la que se desenvuelve y funciona ese mercado, orientado muy especialmente a generar y alentar el consumo masivo, la contratación de altísimos volúmenes de bienes y servicios por los consumidores. Y es que ese es justamente el concepto capital que ha de tenerse en cuenta para el análisis de la Publicidad Comercial, incluida por cierto aquella que se difunde sobre soportes digitales, el Consumo, y en lo pertinente a nuestra disciplina las normas jurídicas que lo regulan y que protegen a esas inmensas masas de consumidores. No debe olvidarse que, tal como lo afirma el profesor Juan M. Farina en su obra *Contratos Comerciales Modernos* "...El derecho comercial es, fundamentalmente, el derecho de la contratación en masa entre las empresas y el público..."³¹. Pero para que pudiese completarse el circuito normativo necesario para sustentar de la mejor forma el Consumo, a las normas de Protección de Derechos del Consumidor y Regulación de la Competencia Desleal deberían agregarse dos normas de carácter sistematizador y estructurador en sus respectivas áreas: Una Ley General de la Sociedad de la Información y una Ley General de Publicidad. Con la introducción de esos cuerpos normativos, en tanto en cuanto, claro está, sus contenidos sean armónicos con el resto de la legislación general y mercantil en particular, en mi opinión la ordenación del Derecho del Consumo quedaría, si no completa, muy bien perfilada para enfrentar los desafíos que nos planteen las nuevas tecnologías por venir.

³⁰ Véase supra Pág. 10.

³¹ FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires, 2005, Tomo I, Pág. 120.

4. Codificación deontológica de la actividad publicitaria: El Nuevo Código de Ética Publicitaria del CONAR.

Me permito hacer una breve mención respecto a cómo han sido los propios actores, anunciantes y medios que participan en el mercado de la Publicidad que, agrupados en el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria –CONAR– han acudido a la elaboración de un Código de Ética y conducta al cual se deben ceñir sus afiliados en el desarrollo de los contenidos de sus trabajos. En el referido Código se establece no sólo una estructuración y descripción de la actividad publicitaria y de los eventuales supuestos de infracción a sus propias normas deontológicas, sino que además se han incorporado procedimientos de reclamación a los cuales pueden acudir todos quienes se puedan considerar dañados u ofendidos por una publicidad determinada.

La regulación frente a la autorregulación en materia publicitaria da para desarrollar una investigación completa por sí sola, pero para los efectos y objetivos del presente trabajo lo que resulta especialmente interesante y destacable es que hace apenas un par de meses el propio Consejo modificó el texto del referido Código de Ética Publicitaria, dando paso a la quinta versión del mismo, siendo una de sus mayores novedades la incorporación de los contenidos difundidos precisamente en Internet, la Publicidad sobre soportes digitales, con lo que se hace eco de la nueva forma de hacer publicidad en esta sociedad *digitalizada* y *virtualizada*.³²

5. Conclusiones.

Tal como lo he planteado en el desarrollo del presente trabajo, la Publicidad cumple un rol esencial en la articulación y funcionamiento de una sociedad de consumo, en la que bienes y servicios son “ofrecidos” en el mercado para su adquisición en masa por los consumidores.

Si hasta mediados de la década del 90 las formas publicitarias más innovadoras correspondían a los logros creativos que se elaboraban para ser presentados en televisión análoga, a partir de ese momento y con la masificación del acceso a Internet los anunciantes accedieron a un nuevo espacio en el cual desarrollar la técnica publicitaria. Fue tan rápidamente fecunda la creatividad de los publicistas que en poco tiempo ya habían desarrollado una contundente batería de herramientas, formas y tipos de publicidad diseñados para su ubicación sobre soportes digitales.

³² Véase <http://www.conar.cl/codigo-etica/>

Frente a ese nuevo escenario, ya consolidado, el Derecho del Consumo debe acudir con respuestas precisas y que tengan una plasticidad y elasticidad que les permitan adaptarse en el tiempo, pero además que logren sincronía y funcionalidad con el ordenamiento jurídico en general y con las normas de su entorno en particular.

Si en nuestra legislación ya se han incorporado Normas de Defensa de los Derechos de los Consumidores, normas que Regulan la Competencia Desleal y normas especiales que se refieren a la Publicidad en determinados ámbitos, en mi opinión el siguiente paso para poner al día nuestro acervo de normas referidas al Consumo debe ir encaminado al desarrollo e incorporación de dos cuerpos normativos que le den un sustrato conceptual y estructural a la actividad publicitaria y especialmente a aquella que se difunde sobre soportes digitales. Por una parte es necesaria una Ley General de Servicios de la Sociedad de la Información, en la que se establezcan los derechos y deberes de quienes ofrecen y prestan servicios, y de quienes accedemos a la amplia gama de servicios y bienes ofrecidos en la red. Asimismo, y tal como lo he sostenido, sería sumamente conveniente a objeto de sistematizar la materia una Ley General de Publicidad. Con la incorporación de los cuerpos legales antes indicados, y particularmente con el que se refiere a la Publicidad, se podría lograr armonizar y estructurar el tratamiento legal disperso que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la actividad publicitaria.

Bibliografía

Libros y Artículos

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, *El Contrato de Patrocinio Publicitario*, Editorial La Ley, Primera Edición, Madrid, 2001.

DE LA CUESTA RUTE, José María, en *Curso de Derecho de la Publicidad*, Editorial Eunsa, Primera Edición, Navarra, 2002.

FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires, 2005, Tomo I.

JIMENEZ MORALES, Mónica, "Publicidad Viral: La comunicación por contagio" en <http://www.upf.edu/hipertextnet/numero-6/publicidad-viral.html>.

LESSIG, Lawrence, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Editorial TaurusesDigital, Primera Edición en traducción al español, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ PASTOR, Esther, *Régimen Jurídico del Modo Publicitario en Internet*, Universidad Católica San Antonio, Primera Edición, Murcia, 2005.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Regulación de la Red*, Editorial Taurus, Primera Edición, Madrid, 2000.

RIBAS ALEJANDRO, Javier, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contratos Mercantiles*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Tomo II, Santiago, 2003.

SANTAELLA LÓPEZ, Manuel, *Derecho de la Publicidad*, Editorial Civitas, Primera Edición, Madrid 2003.

TATO PLAZA, Anxo, "Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones", en *Comercio Electrónico en Internet*, Gómez Segade, José Antonio (Director), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

YRARRÁZABAL COBARRUBIAS, Arturo, *Diccionario Jurídico-Económico*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, Santiago, julio 2012.

Legislación

Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Ley 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios.

Ley 19.419, sobre Actividades Relacionadas con el Tabaco.

Decreto Supremo N° 3 de 2010, Ministerio de Salud.

Ley Española sobre Servicios de la Sociedad de la Información, Ley 34/2002, de 12 de Julio de 2002.

Sitios Web

<http://www.nic.cl>

<http://www.cnnn.cl>

<http://www.conar.cl>

<http://www.conar.cl/codigo-etica/>

<http://www.intel.com/cd/corporate/techtrends/emea/spa/209840.htm>

<http://www.ispch.cl/sites/default/files/u33/DTO%20N°%203-2010%20DIARIO%20OFICIAL.pdf>

<http://www.upf.edu/hipertextnet/numero-6/publicidad-viral.html>