

Prácticas publicitarias operadas a través de la telefonía móvil: la necesaria convergencia con Internet*

*Advertising via mobile phones: the necessary
convergence with Internet*

David López Jiménez**

RESUMEN

La promoción de determinados bienes y/o servicios puede efectuarse a través de numerosos medios y canales. En la actualidad, cada vez en mayor medida, por las circunstancias concurrentes, se remiten numerosas comunicaciones comerciales a los teléfonos móviles. Aunque la publicidad recibida puede ser lícita, como la práctica pone de relieve, cabe la posibilidad de que la misma vulnere la normativa imperante —que, en nuestro caso, limitaremos al escenario español y comunitario—. Estas últimas prácticas pueden, a su vez, dividirse en dos grandes bloques. Por un lado, las que se operan a través de mensajes y, por otro, las que tienen lugar en virtud de llamadas telefónicas.

PALABRAS CLAVE: *Convergencia, derecho, mensajes, publicidad, telefonía móvil.*

ABSTRACT

The promotion of certain goods and/or services can be made through various means and channels. Today, numerous commercial communications are sent to mobile phones. Although the advertising received can be licit, it is possible that it violates the prevailing regulations, that in our case, we will limit to Spanish and European stage. These practices can, at the same time, be divided into two blocks. On the one hand, those which are through messages, and on the other hand, those that take place through phone calls.

KEY WORDS: *Convergence, law, messages, advertising, mobile phone.*

* Recibido: 2 de octubre de 2012. Aceptado: 6 de noviembre de 2012.

** Profesor-investigador en la Universidad Autónoma de Chile, Chile (dlopezjimenez@gmail.com).

Sumario

1. Introducción
2. La publicidad preferentemente dirigida a dispositivos móviles: hacia la convergencia con la Red
3. La promoción publicitaria en el marco de la telefonía móvil
 - A) La remisión de mensajes comerciales lícitos: a propósito de la integración de la publicidad en el contrato
 - B) Prácticas publicitarias eventualmente problemáticas operadas sobre tales dispositivos
 - C) La tutela del menor de edad en el uso del teléfono móvil: medidas elaboradas por el sector en la materia
4. Conclusiones

1. Introducción

Cada vez es más frecuente, por parte de la sociedad en general, el recurso a las nuevas tecnologías, donde ocupa una posición de preeminencia la telefonía móvil. Un elevado porcentaje de la población, en la actualidad, posee un teléfono móvil.¹

Tal dato, unido a que los terminales móviles gradualmente incluyen un mayor número de funciones (entre las que destaca el *bluetooth*, la posibilidad de acceder a Internet y lo que ello comporta —como, entre otros, es la posibilidad de hacer uso del popular servicio *WhatsApp*—, y servicios específicamente diseñados para tales instrumentos tecnológicos), da lugar a que, a través de la telefonía móvil, puedan realizarse numerosas actividades que hace unos años eran totalmente impensables. Resulta, a este respecto, ciertamente frecuente el uso del teléfono móvil no sólo para una actividad de simple transmisión de la voz o envío de mensajes de texto —SMS—, sino que el mismo se emplea, cada vez en mayor medida, para diferentes finalidades. Así, es posible contratar una multiplicidad de servicios específicamente creados para tal instrumento tecnológico (como, por ejemplo, la descarga de imágenes, música, películas, videojuegos, etcétera), acceder a Internet y, una vez dentro, visionar ciertos anuncios publicitarios, y si así se desea, poder acometer la contratación electrónica de determinados bienes y/o servicios.

¹ Según la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones —en adelante CMT—, a fines de 2012, en España el número de líneas de telefonía móvil para comunicación personal era de 53,265,471, frente a 47 millones de habitantes. En otras palabras, como puede deducirse, hay más líneas de telefonía móvil que habitantes.

Son muy numerosos los términos acuñados para referirse a la publicidad móvil.² Así, entre otras, destacan las expresiones de *marketing móvil*, *mobile marketing*, *m-advertising*, *m-marketing*, m-publicidad, *mobile mk*, marketing de proximidad, marketing SMS, marketing en móviles, publicidad vía móvil, publicidad inalámbrica, *wireless advertising* y *wireless advertising messaging*.

Podemos definir *m-advertising* como el uso de medios inalámbricos e interactivos para transmitir mensajes publicitarios a los consumidores con el objetivo de promover la contratación de bienes y/o servicios.³ Permite, además, obtener información sobre la ubicación física del receptor en tiempo real, por lo que los mensajes pueden adaptarse al momento y lugar, en relación con los posibles intereses del mismo. En este sentido, cabe advertir que la difusión de mensajes que cuente tanto con objetivos claros como con un público más segmentado genera una eficacia mayor que en otros medios convencionales, que, en la actualidad, sufren una cierta saturación publicitaria.

Seguidamente nos ocuparemos, desde una óptica jurídica —preferentemente centrada en el ordenamiento jurídico español y europeo—, de la remisión de mensajes comerciales, de diversa índole, a los terminales de telefonía móvil. Habida cuenta de las sugerentes particularidades que en el mismo concurren, se hace preciso efectuar un examen específico sobre el particular.

2. La publicidad preferentemente dirigida a dispositivos móviles: hacia la convergencia con la Red

Las actividades de marketing a través de dispositivos móviles tienen un amplio potencial para la personalización, debido a que sus herramientas de transmisión usualmente cuentan con una identidad asignada al usuario.⁴ En virtud de este último factor, resulta posible llegar a los usuarios para establecer una comunicación de carácter individual.⁵

² TÄHTINEN, J. "Mobile Advertising or Mobile Marketing. A Need for a New Concept", *Frontiers of e-Business Research* 2005, 2006, pp. 152-164.

³ En sentido similar, SALO, J. y TÄHTINEN, J. "Retailer Use of Permission-Based Mobile Advertising", en CLARKE, I. y FLAHERTY, T. B. (eds.). *Advances in Electronic Marketing*, Idea Publishing Group, Estados Unidos, 2005; MARTÍN DE BERNARDO, C. y PRIEDE BERGAMINI, T. *Marketing móvil: una nueva herramienta de comunicación*, Netbiblo, La Coruña, 2007; HAGHIRIAN, P. "Cross-Cultural Consumer Perceptions of Advertising Via Mobile Devices: Some Evidence from Europe and Japan", *Global Mobile Commerce: Strategies, Implementation and Case Studies*, Information Science Reference, Hershey PA, 2008, p. 216.

⁴ LEE, Y. "Interface design for mobile commerce", en *Communications of the ACM*, vol. 46, No. 12, 2003, pp. 33 y 34.

⁵ DEZOYSA, S. "Mobile advertising needs to get personal", en *Telecommunications International*, vol. 36, No. 2, 2002, p. 8.

En la actualidad, somos testigos, pero también protagonistas —por el uso cotidiano que se realiza—, de las grandes innovaciones tecnológicas —telefonía fija y móvil, Internet, televisión digital, etcétera—. Estamos inmersos en lo que algunos autores⁶ denominan “tercera revolución”, pues los medios digitales han convulsionado las formas de comunicación. El nacimiento y consolidación de las nuevas tecnologías en comunicación han eliminado las barreras físicas, cambiando, incluso, el modo y la percepción comunicativa.

Respecto a los caracteres de los medios móviles, entre otros, destacan los cuatro siguientes (sin perjuicio de que, naturalmente, podrían mencionarse otros):

- 1) Fácilmente transportables. Generalmente suelen ser soportes digitales de dimensiones reducidas, de uso sencillo e intuitivo, de tal manera que, entre otros factores, permiten, sin dificultad, su traslado. Aunque la tendencia es que los dispositivos sean cada vez más pequeños, también lo es que el desarrollo de su tecnología sea progresivamente mayor.
- 2) Interactividad. La posibilidad de una vía de retorno en la comunicación, por parte del potencial consumidor y/o usuario, es fundamental. De este modo, el soporte no sólo se convierte en una plataforma de difusión publicitaria, sino también en un medio de comunicación entre cliente y anunciante que difícilmente se puede llevar a cabo con otros medios.
- 3) Conectividad con la Red y/o con otros dispositivos —vía, por ejemplo, *bluetooth*—. La tecnología *wifi* permite la recepción y respuesta de contenidos a través de Internet, lo que facilita la interacción entre el usuario y el anunciante, y la vía de retorno. Asimismo, la tecnología *bluetooth* posibilita el acceso a esos contenidos, pero sólo de una manera local, al ser imprescindible la existencia de un punto de acceso o emisión de los mismos. Sin embargo, es un factor esencial en la creación de mensajes publicitarios de uso más directo por parte del consumidor. En ese sentido, en algunos países se han desarrollado puntos de acceso *bluetooth* en los que el usuario de medios móviles dotados con esta tecnología recibe información publicitaria al conectarse a determinados exhibidores.

⁶ PUJOLAR, O. "Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo", en ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y ALAMEDA CASTILLO, M. T. (coords.). *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 132; SÁNCHEZ TORRES, E. "El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías", en DEL REY GUANTER, S. (dir.) y LUQUE PARRA, M. (coord.). *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, p. 107; TUBELLA I CASADEVAL, I. y VILASECA I REQUENA, J. *Sociedad del conocimiento. Cómo cambia el mundo ante nuestros ojos*, Universidad Oberta de Cataluña, Barcelona, 2005, pp. 1 y 37; CANCELO LÓPEZ, P. y ALONSO GIRÁLDEZ, J. M. *La tercera revolución*, Netbiblo y Universidad de La Coruña, La Coruña, 2007, p. 1; GARCÍA MEXIA, P. *Derecho europeo de Internet*, Netbiblo, La Coruña, 2009, p. 21.

- 4) Soportes dotados de pantalla donde visionar los mensajes. Es fundamental que el dispositivo móvil disponga de una pantalla en la que se pueda hacer visible el contenido publicitario remitido por el anunciante. La existencia de pantallas permite la lectura de mensajes de texto, imágenes y/o videos, haciendo factible la presencia de tecnologías cada vez más complejas y de contenidos publicitarios progresivamente más dinámicos.

No debe perderse de vista que los nuevos dispositivos electrónicos de carácter móvil —así, entre otros, el teléfono móvil (del que, en la actualidad, existe una amplísima gama con importantes avances tecnológicos),⁷ la PDA (*personal digital assistant* o asistente personal digital), el ordenador portátil (entre los que destacan, por su reducido tamaño, los *Netbook*), cámaras de fotos (algunas con tecnología GPS [*Global Positioning System*], *wifi* y *bluetooth*), libros electrónicos con *wifi* (denominados *Ebook*), videoconsolas portátiles, con *wifi* y *bluetooth*, MP3 y MP4, dotados con *wifi* y *bluetooth* e, incluso, relojes provistos de *bluetooth*— permiten el ejercicio de la actividad publicitaria. Esta última, en ocasiones, está dirigida a sujetos individualmente identificados —afirmación especialmente notoria en el supuesto de la telefonía móvil,⁸ sin perjuicio de que también lo sea en los demás casos—, lo que implica que el ordenamiento jurídico tenga que ocuparse de tal cuestión.

A propósito de la última afirmación, debe ponerse de manifiesto que para que la difusión publicitaria pueda realizarse a través de medios móviles de comunicación personal es, en numerosos supuestos, preceptiva una base de datos que no siempre es pública⁹ —a diferencia, por ejemplo, de los números de telefonía fija—.

Los medios móviles a los que hemos hecho alusión, según el instrumento concreto, permiten dos formas diversas de recibir comunicaciones electrónicas de carácter publicitario. Así, por un lado, la que podría calificarse, en cierto sentido, de tradicional, que tiene lugar al visionar un determinado sitio *Web* o consultar la bandeja de entrada del correo electrónico, y, por otro, en el caso de los teléfonos móviles o de dispositivos dotados con tecnología *bluetooth*, se podrán recibir mensajes breves de texto —SMS—¹⁰ y/o mensajes que incluyan imágenes y/o

⁷ Destaca la extraordinaria proliferación de múltiples modelos que cuentan con numerosas aplicaciones. Por sus caracteres, algunos podrían, en cierta medida, ocupar una posición intermedia entre el teléfono móvil y el ordenador portátil. En este último sentido, puede citarse el *iPad*, que constituye un *tablet pc* desarrollado por *Apple Inc*.

⁸ SOLÉ MORO, M. L. *Comercio electrónico. Un mercado en expansión*, Esic, Madrid, 2000, p. 184; AGUADO, J. M. y MARTÍNEZ, I. J. "El proceso de mediatización de la telefonía móvil: de la interacción al consumo cultural", en *Zer*, No. 20, 2006, p. 328; FEIJÓO-GONZÁLEZ, C. *et al.* "Nuevas vías para la comunicación empresarial: publicidad en el móvil", en *El Profesional de la Información*, vol. 19, No. 2, 2010, pp. 140-148.

⁹ STAZI, A. *La pubblicità commerciale on line*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 87-90.

¹⁰ En sus orígenes, los SMS fueron creados con el objeto de que las operadoras de red remitieran comunicaciones a

videos —MMS o sistema de mensajería multimedia—. Ahora bien, aunque ambas modalidades son susceptibles de análisis individualizado, en numerosas ocasiones —cada vez en mayor medida— tienden a una cierta convergencia. En efecto, las comunicaciones recibidas, a través de estos dos canales, *bluetooth* y la red de telecomunicaciones, habitualmente incluyen enlaces a sitios *Web* para ampliar la breve información —condicionada por el número máximo de caracteres— remitida al destinatario. De hecho, gran parte de los dispositivos móviles cuenta entre sus prestaciones, como tuvimos ocasión de analizar, con la posibilidad de conectarse a Internet a través de *wifi*.¹¹

Aunque pueda resultar una obviedad, la conexión de dispositivos fijos, tanto a la red de redes (Internet) como a *bluetooth*, presenta, frente a los medios móviles, numerosas ventajas. En efecto, entre ellas cabe aludir a la mayor dimensión de las pantallas de los terminales fijos (en los que puede incluirse la televisión con acceso a Internet, los ordenadores de sobremesa o portátiles). Tal extremo, qué duda cabe, incide en la visión de la publicidad. También podemos mencionar que para lograr su portabilidad, los elementos móviles cuentan con procesadores sencillos, ancho de banda limitado y mecanismos de entrada y salida poco favorables.¹² Finalmente, debemos nombrar los riesgos de privacidad y seguridad que cierto sector de la doctrina¹³ pone de relieve en materia de medios móviles.

En relación con este último extremo, advertiremos que el acceso a Internet, tanto a través de redes *wifi* como de la tecnología de la que están dotados los terminales de telefonía móvil —WAP 2.0—, determina que la información personal que se obtiene de tal práctica se capte de manera diversa que si se acometiera en virtud de redes fijas. Así, por ejemplo, en el caso de la telefonía móvil, el conocimiento de la dirección IP asociada al mismo podría implicar que se supieran

los usuarios de manera unidireccional, por lo que, en principio, no representaba un servicio destinado a su utilización por parte de estos últimos. El envío de tales mensajes, en principio, se producía aprovechando recursos excedentes de la red. Dado que para la operadora el coste que tal servicio suponía era mucho más reducido que el precio que se cobraba al usuario, muy pronto se reveló como una vía de negocio de una elevada rentabilidad.

¹¹ Como es sabido, *wifi* (*Wireless Fidelity*) es la tecnología utilizada en una red o conexión inalámbrica para la comunicación de datos entre equipos situados dentro de una misma área de cobertura. A diferencia de lo que acontece en las redes con cables, en las redes inalámbricas se transmiten y reciben datos a través de ondas electromagnéticas, lo que supone la eliminación del uso de cables y, por tanto, una total flexibilidad en las comunicaciones. Ha de precisarse que la *wifi* no representa una alternativa a una red convencional, sino que es una nueva tecnología que viene a complementar a aquéllas.

¹² GOODMAN, D. J. "The Wireless Internet: Promises and Challenges", en *IEEE Computer Society Press*, vol. 33, No. 7, 2000, pp. 36-41; GHOSH, A. K. y SWAMINATHA, T. M. "Software Security and Privacy Risks in Mobile E-Commerce", en *Communications of the ACM*, vol. 44, No. 2, febrero de 2001, pp. 51-57.

¹³ SUTTON, N. "Carriers Join Forces for Mobile Commerce", en *Computing Canada*, vol. 31, No. 17, noviembre de 2005, pp. 1-12; MARTÍNEZ PABÓN, F. O. "Seguridad basada en parámetros SIM para entornos de comercio electrónico móvil", *Ingeniería e investigación*, No. 2, 2007, pp. 56-64.

numerosos datos de carácter personal de los titulares de la línea,¹⁴ lo cual es muy relevante para el ejercicio de actividades promocionales personalizadas.

3. La promoción publicitaria en el marco de la telefonía móvil

El teléfono móvil, como es sabido, permite la transmisión de voz a distancia entre dos puntos móviles, por lo que precisa la utilización del espectro radioeléctrico. El elemento derivado de la movilidad es el que permite caracterizar el servicio telefónico móvil frente a su referente actualmente más cercano: la telefonía fija disponible al público. Esta posibilidad supone que, como hemos adelantado, se pueda poner en contacto a dos interlocutores que estén en posición no fija.¹⁵ Ahora bien, los teléfonos móviles, como ya tuvimos ocasión de adelantar, incluyen cada vez más prestaciones como, por ejemplo, el envío y recepción de SMS/MMS, conexión a Internet,¹⁶ *bluetooth*, GPRS, así como otras aplicaciones cada vez más numerosas.

Debe, además, advertirse, como puso de manifiesto la doctrina¹⁷ a principios de este siglo, que el ancho de banda, la mayor velocidad de transmisión, la confluencia con Internet, sin la posibilidad ilimitada de acceder a servicios de datos y audiovisuales, hacen de la tercera generación móvil el entorno idóneo donde situar la convergencia entre los sectores de telecomunicaciones, audiovisual e Internet.

A continuación nos referiremos a la parte nuclear del presente artículo, que no es sino la labor promocional de determinados bienes y/o servicios (desde la óptica del ordenamiento jurídico español y, en su caso, europeo) efectuada respecto a los titulares de terminales de telefonía móvil. A tal efecto, discerniremos tres grandes apartados. En primer lugar, incidiremos en la remisión de comunicaciones comerciales realizadas de forma lícita. En este sentido, aludiremos a la integración en el contrato de las alegaciones publicitarias inicialmente operadas. En segundo término, prestaremos atención al elenco de prácticas promocio-

¹⁴ MATATIA, F. "Internet face à la loi Informatique et Libertés: l'adresse IP est-elle une donnée à caractère personnel?", *Gazette du Palais*, domingo 13-martes 15 de enero de 2008, pp. 9-10.

¹⁵ CARLÓN RUIZ, M. "Características generales y régimen jurídico de la telefonía móvil: evolución y situación actual", en DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.) y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coord.). *Derecho de la regulación económica. Telecomunicaciones*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, vol. 4, pp. 561-564.

¹⁶ No obstante, debe precisarse que Internet móvil sigue siendo un pobre sustituto del Internet fijo. En 2010, los usuarios de *Smartphones* sólo descargaron una media de 79 megabytes por mes.

¹⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, M. L. "Redes y servicios de comunicaciones móviles de tercera generación", en VILLAR URIBARRI, J. M. (dir.). *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet*, Thomson Aranzadi e Instituto de Empresa, Navarra, 2003, p. 207.

nales eventualmente problemáticas, por las circunstancias concurrentes, cursadas —bien en forma de mensajes, bien como llamada telefónica— sobre tales instrumentos. Finalmente, nos detendremos en las medidas tuitivas elaboradas, en el caso de España, por el sector de telefonía móvil en claro beneficio de los menores de edad.

A) *La remisión de mensajes comerciales lícitos: a propósito de la integración de la publicidad en el contrato*

En línea con cuanto venimos poniendo de manifiesto, cabe indicar que uno de los aspectos más interesantes que los contratos celebrados con consumidores presentan es, precisamente, el relativo a su periodo precontractual, es decir, todas aquellas actividades que se desarrollan entre las partes, antes de que otorgue el consentimiento para la perfección del contrato. En este instante, es relativamente habitual que el consumidor y/o usuario tenga conocimiento de las características esenciales del bien y/o servicio que pueden interesarle, del que puede estar informado en virtud de la publicidad recibida¹⁸ —tanto a través de canales tradicionales como virtuales—.

La remisión de comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos debe reputarse publicidad.¹⁹ Es visible, por consiguiente, el desplazamiento del término “publicidad” por el de “comunicación comercial”,²⁰ pero dotando a éste de un significado muy próximo al tradicional de publicidad.²¹ Podría, en ese sentido, considerarse que el recurso al término “comunicación comercial” obedece

¹⁸ Sobre este particular, sugerimos la lectura de GUILLÉN CATALÁN, R. *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.

¹⁹ En igual sentido, ESPINOSA CALABUIG, R. *La publicidad transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 98-100; FERNANDO MAGARZO, M. R. “Concepto de publicidad y publicidad engañosa en Internet”, en *Revista de la Contratación Electrónica*, No. 21, 2001, pp. 28-29; TATO PLAZA, A. “Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet”, en GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (dir.). *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 191-196; ILLESCAS ORTIZ, R. “Comunicaciones comerciales y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas”, en *Revista de la Contratación Electrónica*, No. 40, 2003, pp. 7-11; RIVERO GONZÁLEZ, M. D. “Régimen jurídico de la publicidad en Internet y las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico”, en *Revista de Derecho Mercantil*, No. 250, 2003, pp. 1591-1593; TATO PLAZA, A. “La publicidad en Internet”, en GONZÁLEZ DELGADO, J. A. (coord.). *Responsa iurisperitorum digesta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, vol. 5, p. 96; VEGA VEGA, J. A. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Reus, Madrid, 2005, pp. 169-172; ARIAS POU, M. *Manual práctico de comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 241-244; SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V. *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 87-90.

²⁰ ILLESCAS ORTIZ, R. “Comunicación comercial y...”, *op. cit.*, pp. 7-11, se manifiesta partidario de que el término comunicación comercial en la LSSI-CE sea interpretado en el sentido de mensaje publicitario en soporte electrónico.

²¹ BODEWIG, T. “Electronischer Geschäftsverkehr und Unlauterer Wettbewerb”, *GRUR Int.*, 2000, p. 476, considera que se trata de una aportación de dudosa eficacia.

al deseo del legislador de ensanchar el concepto de referencia, propiciando, de esta manera, la regulación y el control de nuevos fenómenos promocionales que podían encontrar en el nuevo escenario de la publicidad interactiva un ámbito de desarrollo particularmente favorable.²² En todo caso, aunque el término publicidad²³ se menciona en el apartado 2, inciso i, del anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en adelante LSSI-CE), el que se define es el de comunicación comercial²⁴ —del mismo modo que en la Directiva de Comercio Electrónico—.

En este sentido, de acuerdo con el anexo f de la LSSI-CE, podemos definir comunicación comercial electrónica como

[...] toda forma de comunicación²⁵ dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.²⁶ A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.²⁷

²² ÁLVAREZ RUBIO, J. "Hacia un nuevo concepto legal de comunicación comercial", en TOMILLO URBINA, J. (dir.) y ÁLVAREZ RUBIO, J. (coord.). *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas y Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de los Consumidores, Navarra, 2008, p. 119.

²³ Cierta sector de la doctrina se posiciona en contra de que el legislador defina la publicidad. Así, por ejemplo, DESANTES GUANTER, J. M. "El marco jurídico de la publicidad en el contexto de la información", y PÉREZ, R. A. "El concepto jurídico de la publicidad", ambos en *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, pp. 32 y 89-90, respectivamente.

²⁴ Dicho concepto de comunicación comercial es objeto de reiteración, en lo sustancial, en el artículo 2, inciso a, de la Propuesta de Reglamento, de 4 de octubre de 2001, relativo a las promociones de ventas en el mercado interior.

²⁵ El recurso a la expresión "toda forma de comunicación" constituye un claro acierto. En efecto, las nuevas técnicas de comunicación —que, en el espacio digital, avanzan a un ritmo imparable— dan lugar a nuevos formatos publicitarios. En este sentido, también TEJEDOR MUÑOZ, L. "Consideraciones en torno a la publicidad confusionista a la luz de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 721, 2010, p. 2435; TEJEDOR MUÑOZ, L. "La publicidad engañosa, comparativa y prácticas comerciales desleales", en DIAZ-AMBRONA BAJARDÍ, M. D. (dir.). *Derecho civil de la Unión Europea*, 4a. ed., Colex, Madrid, 2010, p. 282.

²⁶ Debe advertirse que el concepto de comunicación comercial presente en la normativa mencionada coincide, de manera sustancial, con el artículo 2 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, así como con la definición ofrecida al respecto por el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior.

²⁷ La primera norma española que delimitó este tipo de publicidad presentaba carácter autonómico. Se trata del artículo 1.3, inciso e, de la Ley 5/1997, de 8 de julio, por la que se regula la publicidad dinámica en las Islas Baleares, que la definió como aquella actividad consistente en "el envío de mensajes publicitarios mediante comunicación telefónica, por fax o a través del llamado correo electrónico".

Aunque en ocasiones pueda resultar difícil distinguir entre oferta de contrato y trato preliminar, tanto en el ámbito tradicional como en el virtual, debemos considerar los presupuestos que necesariamente han de concurrir en aquélla para que pueda ser considerada tal. Teniendo en cuenta las consideraciones legislativas —entre otros, el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías del 11 de abril de 1980— y doctrinales, la oferta contractual debe contener: 1) la intención del oferente de contratar, que debe ser expresa, inequívoca, recepticia, sometida a un plazo de duración —en el comercio electrónico, se equipara el tiempo de accesibilidad al tiempo de vinculación—; 2) la propuesta deberá necesariamente estar dirigida a una o varias personas determinadas, y 3) la misma debe ser suficientemente precisa en cuanto a las mercaderías o servicios, cantidad, precio, forma de pago, condiciones particulares y generales de la operación.

En cuanto a los tratos preliminares, cabe determinar que son susceptibles de incluirse en la fase precontractual, en la que las partes se formulan recíprocamente ofertas y contraofertas, siendo un momento relevante de la gestación del contrato tanto si el contrato llega a celebrarse como si no, pues en este último supuesto podrá tener lugar la denominada responsabilidad contractual.

Las invitaciones a contratar o *invitatio ad offerendum*, que no son una oferta contractual *strictu sensu*, se perfilan como actividades contractuales con peculiaridades propias, pues con las mismas se incita al destinatario a realizar ofertas que podrán o no ser aceptadas por el oferente. En la práctica, en numerosas ocasiones, podrá ser excesivamente gravoso distinguir entre ofertas contractuales e invitaciones a contratar.

Debemos distinguir netamente entre oferta de contrato y mera publicidad, pues la determinación de un mensaje transmitido como oferta o como publicidad dará lugar a una relación jurídica totalmente distinta. La finalidad de la publicidad comercial no es, en sí, la perfección de un contrato, sino que es fomentar, directa o indirectamente, la perfección de ese contrato. Esta finalidad esencial de la publicidad comercial, vinculada al aspecto persuasivo que la misma conlleva, la sitúa en el ámbito propio de la fase precontractual del futuro contrato, que se trata de una *invitatio ad offerendum*. En definitiva, mientras que la aceptación de la oferta supone el inicio de una relación contractual, el mensaje publicitario se sitúa siempre en una fase precontractual.

Sin embargo, no podemos negar que la publicidad cumple una función fundamental en la formación del consentimiento contractual, precisamente por el carácter informativo de la misma, a través del cual se conocen determinadas características del producto o servicio que se ofrece. El consumidor, de este modo, adquiere ciertos conocimientos, datos, en definitiva, en los que se aúnan ciertas

condiciones de objetividad necesarias para ser calificados de informativos, junto con la opinión de quien desea comercializar sus productos. El carácter informativo de la publicidad ha supuesto, como decimos, que en ocasiones sea difícil diferenciar cuándo nos encontramos ante publicidad comercial y cuándo ante una verdadera oferta de contrato. Esta situación se agrava en la contratación electrónica, pues, entre otros aspectos, el medio utilizado para la publicidad es el mismo medio que en el que se producirá la contratación.

El fundamento de la integración del contrato, en virtud de la publicidad, no se encuentra en la intención presunta o tácita de las partes, sino en exigencias objetivas del ordenamiento jurídico que impone esa integración contractual, incluso en contra de la voluntad de una de las partes. La aprobación de ciertos preceptos en el ordenamiento jurídico español,²⁸ sobre este particular, refleja una axiología que va más allá de una concepción puramente documentalista o voluntarista del contrato.²⁹ En efecto, este último, como es sabido, obliga no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias, queridas o no, que se deriven.³⁰ La incorporación de la publicidad al contrato no exige que ésta sea considerada como una oferta —según la literalidad del artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (TRLGDCU), “oferta,³¹ promoción

²⁸ Así, por ejemplo, los artículos 1258 del Código Civil español (Cc); 61 del Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (TRLGDCU); 3.2 del Real Decreto español 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, y la Ley española 50/1980, de 5 de octubre, del Contrato de Seguro, entre otros. Es más, el artículo 61 del TRLGDCU tutela al consumidor y/o usuario, como hemos anticipado, con independencia de la intencionalidad o del anunciante. De hecho, la publicidad resultará exigible aunque su inexactitud no obedezca a culpa o dolo del anunciante, ya que los mismos no son presupuestos del precepto que, como es sabido, establece una responsabilidad contractual objetiva basada en la ley. Debe reseñarse que si existiera dolo o culpa sería posible emplear otras acciones diversas. En este último sentido, por un lado, la anulabilidad del contrato si concurren todos los presupuestos —artículos 1265, 1266, 1269 y 1270 del Cc— y, por otro, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios que se prevé para la publicidad ilícita desleal en el caso de que haya intervenido dolo o culpa del agente —artículo 32.5 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios—.

²⁹ En virtud de la misma, las partes sólo están obligadas por aquello a que, de manera voluntaria, quisieron vincularse aunque no quedara plasmado.

³⁰ Podemos, por tanto, afirmar, a este respecto, que uno de los objetivos más destacados del artículo 1258 del Cc, más allá de la labor de interpretación, estaría vinculado con el valor integrador que realiza. Por lo que se refiere a la buena fe, aunque es fuente de integración de la norma reguladora de la relación contractual, de acuerdo con el mencionado artículo 1258 del Cc —interpretado en virtud de los artículos 1, 6.2 y 3 del Cc—, representa una fuente de integración de último grado, ya que es un principio general del derecho. Así, GARCÍA AMIGO, M. “Consideraciones a la buena fe contractual”, en *Actualidad Civil*, No. 1, 2000.

³¹ La oferta representa una declaración de voluntad que propone la celebración inmediata de un contrato en los términos esenciales de éste que se recogen en aquélla, de forma que la aceptación del destinatario vincula al oferente y, de esta manera, perfecciona el contrato. Para que la oferta pueda ser estimada jurídicamente tal, debe cumplir, al

o publicidad”—,³² ya que la inserción de las declaraciones publicitarias en el programa contractual se produce por imperativo legal.³³ Es decir, tendría lugar aunque el empresario no tuviera voluntad de vincularse y hubiera realizado esas declaraciones —que no reproduce en el contrato— con la finalidad de atraer clientes, pero sin los requisitos propios de la oferta.³⁴

b) *Prácticas publicitarias eventualmente problemáticas operadas sobre tales dispositivos*

Los titulares de líneas de telefonía móvil, como a continuación veremos, pueden ser destinatarios de un elenco de prácticas, en numerosas ocasiones no deseadas, que a su vez conllevan cierto grado de malestar. Tales indeseables actuaciones son objeto de sanción a través de la normativa legal española vigente, si bien, como tendremos ocasión de contemplar, se ve complementada por las medidas derivadas de la autorregulación. Aunque, como regla general, los códigos de conducta, fruto de esta última, suelen presentar carácter voluntario —pues, en gran parte, es una de las notas inherentes a tal figura—, existen algunas excepciones sobre el particular, al menos en dos supuestos. Por un lado, en el caso de los SMS/MMS *premium* y, por otro, en el ámbito de las llamadas de tarificación adicional.³⁵

menos, cuatro presupuestos. En primer lugar, debe ser completa o, lo que es lo mismo, incluir todos los elementos esenciales del contrato. En segundo término, ha de ser inequívoca, en el sentido de que se haya formulado por el oferente con la firme intención de ser obligado en caso de ser aceptada. En tercer lugar, ha de cumplir las exigencias formales que, en su caso, determine la ley o hayan acordado las partes contratantes. Finalmente, debe estar vigente en el momento de acontecer la aceptación.

³² La publicidad supone una forma de comunicación efectuada por una persona en el ejercicio de su actividad empresarial con la finalidad de promover, de manera directa o indirecta, la contratación. No obstante, la publicidad puede o no incluir información. Si la incluye, en la práctica, puede comprender todos los elementos esenciales del contrato, mereciendo, en tal supuesto, la calificación de oferta publicitaria. Naturalmente, también podría desvelar alguno de los elementos esenciales u otras informaciones sobre elementos accesorios. Es, en este último caso, donde la previsión del artículo 61 del TRLGDCU adquiere importancia, ya que la oferta sería vinculante para el oferente según los principios de formación del contrato del Código Civil. En cambio, la simple publicidad, al no alcanzar el rango de oferta, no vincularía al anunciante.

³³ FONT GALÁN, J. I. "La integración publicitaria del contrato: un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, No. 4, 1988, pp. 7 y ss.

³⁴ Podemos, en este sentido, determinar que la salvaguarda de las legítimas expectativas basadas en la confianza generada con las declaraciones publicitarias es el fin último tutelado por el artículo 61 del TRLGDCU, según las exigencias de la buena fe objetiva en el ejercicio de los derechos subjetivos reconocidas en los artículos 7.1 y 1258 del Cc, así como 65 del TRLGDCU.

³⁵ La Orden española PRE 361/2002, después de la modificación operada en 2004, dispone que "son servicios de tarificación adicional aquellos servicios que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado, por la prestación de servicios de información, comunicación u otros, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de esta Orden". La modificación originaria de la definición probablemente obedece a la necesidad de adaptar las novedades tecnológicas que vertiginosamente se producían, pero también buscando un cierto perfeccionamiento técnico de la misma.

Una vez que hemos descrito, de manera somera, los contenidos que en el presente apartado abordaremos, cabe determinar la división de esta tipología de comunicaciones comerciales en dos grandes bloques.³⁶ En primer lugar nos referiremos a las que se reciben como mensaje, y, en segundo lugar, aludiremos a aquellas otras que toman la forma de llamadas.

a. Como mensaje comercial

Del mismo modo que acontece en Internet, también pueden recibirse mensajes publicitarios en el teléfono móvil. Estos últimos, en ocasiones, podrán ser no solicitados, mereciendo, en ese caso, la consideración de *spam*. Ahora bien, existen ciertos supuestos en los que los mensajes podrían suponer la suscripción a un servicio de tarificación adicional —lo que, en la práctica, se denomina *pre-mium*—. De ambas cuestiones nos ocuparemos a continuación.

i) Envío de mensajes publicitarios no solicitados: a propósito del recurso a la tecnología bluetooth y al servicio WhatsApp

Una técnica comercial a la que con cierta habitualidad se recurre en el caso de los dispositivos móviles en general, y el teléfono móvil en particular, consiste en la remisión de SMS/MMS. Tales mensajes podrán recibirse a través de la red del operador al que la línea de teléfono móvil pertenezca, por *bluetooth* y por *WhatsApp*. Seguidamente nos referiremos, de manera preferente, a los mensajes de texto y/o multimedia enviados, como decimos, en virtud de la red del operador, lo que naturalmente supondrá el previo conocimiento del número de teléfono del titular al que van dirigidos —que, por sí solo, no debe ser reputado un dato de carácter personal—.³⁷

En este último sentido, para que la utilización del número de teléfono móvil, con la finalidad de remitir SMS/MMS de contenido publicitario, sea lícita, es

³⁶ En cualquier caso, somos conscientes de que, dado que los terminales móviles, si tienen habilitada tal opción, permiten conectarse a Internet, también pueden recibirse comunicaciones comerciales no solicitadas —y, por tanto, *spam*— a través de la red.

³⁷ La Audiencia Nacional de España, respecto de los números de teléfono móvil, en la sentencia del 17 de septiembre de 2008 (JUR 2008/307282), determina que el número de teléfono móvil, sin aparecer directamente asociado a una persona, puede tener la consideración de dato personal si a través del mismo se puede identificar a su titular. En otros términos, el número de teléfono, ayuno de otras circunstancias que identifiquen o pudiesen permitir identificar al titular del mismo, impide que pueda incluirse en la definición legal de dato de carácter personal. Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, el número de teléfono móvil, por sí mismo, es decir, sin el concurso de otros datos que contribuyan a identificar a su propietario, no tiene el carácter de dato personal. En consecuencia, la aplicación de la Ley Orgánica (española) 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal —LOPD— vendrá determinada por la asociación de dicho número con otros datos que permitan establecer la identidad de su titular.

necesario contar con el previo consentimiento del titular de la línea. En efecto, de acuerdo con el artículo 21 de la LSSI-CE, si concurren dos presupuestos no será necesaria la prestación, al efecto, del consentimiento. Se trata, por un lado, de que el titular de la línea de telefonía móvil sea cliente de una determinada entidad y que, por otro, los productos y/o servicios que se ofertan en el SMS/MMS recibido sean similares a los que, en su momento, fueron objeto de contratación. Cabe manifestar que, por imperativo legal —artículo 20 de la LSSI-CE—, al inicio de los mensajes comerciales, de texto o multimedia, deberá constar la palabra “publicidad” —o su abreviatura “publi”— y la persona física o jurídica en nombre de la que se realizan, que deberá ser claramente identificable.

No obstante, debe, en todo caso, repararse en que, dado que cada SMS tiene una extensión máxima de 160 caracteres,³⁸ la necesidad de cumplir tales deberes legales puede suponer que el mensaje comercial supere un único SMS. Consideramos que tales exigencias, sin perjuicio de que también deben observarse en el ámbito de la telefonía móvil, parecen estar inicialmente pensadas para las comunicaciones remitidas a través de correo electrónico, donde, como es sabido, no existen las mismas limitaciones de espacio. Por consiguiente, de alguna manera, para suplir tal restricción, propia de las comunicaciones remitidas a los terminales móviles, podrían aprovecharse los denominados mensajes MMS, en los que —ya que pueden contener imágenes, videos y sonidos— podrían incluir tanto la abreviatura “publi” como la denominación social en formato de video o imagen.

Si los mensajes electrónicos se reciben en los dispositivos móviles, bien sin consentimiento del afectado, o bien sin concurrir el supuesto del artículo 21 de la LSSI-CE, será, como tuvimos ocasión de analizar, una actividad ilícita, pudiendo, en consecuencia, afirmarse que se trata de comunicaciones comerciales no solicitadas o *spam*.

Se entiende por *spam* toda aquella comunicación publicitaria no solicitada (que normalmente tiene como fin ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés de un determinado producto, servicio y/o empresa) que llegue tanto al buzón de correo electrónico —que representa uno de los instrumentos más utilizados de Internet—³⁹ como a otros espacios diversos.⁴⁰ Otro de los caracteres

³⁸ La limitación del tamaño de los mensajes, la reducida interfaz de los móviles y el propio lenguaje originado de las conversaciones han contribuido a que los usuarios del servicio SMS hayan desarrollado un uso intensivo de abreviaturas.

³⁹ Según el estudio sobre los hábitos y comportamientos de los usuarios con el correo electrónico y *newsletters*, realizado por *ContactLab*, “European Email Marketing Report 2009” —<http://www.es.contactlab.com>—, en España existen aproximadamente 32 millones de buzones de correo electrónico activos, es decir, 2 cuentas por internauta. En estas cuentas de correo electrónico se reciben 350 millones de mensajes —una media de 23 correos electrónicos por usuario—.

⁴⁰ SCHRYEN, G. “Anti-Spam Legislation: An Analysis of Laws and their Effectiveness”, en *Information & Communications Technology Law*, vol. 16, No. 1, 2007, pp. 17-32.

más notables de tal práctica es la difusión masiva del mensaje publicitario que la comunicación incluye.

El término *spam* o *spamming* –*pourriel* en francés– tiene su origen en una práctica antigua en los países anglosajones, en virtud de la cual se regalaba un jamón de escasa calidad –*spiced ham*– junto con las compras que se efectuaban en las carnicerías, haciéndose, de esta forma, mención de un producto recibido sin ser, en principio, deseado.⁴¹

Los Estados⁴² que decidan combatir legislativamente el *spam* deberán, previamente, decidir si optan por un sistema *opt-in* (consentimiento expreso o inclusión voluntaria) u *opt-out* (oposición explícita o exclusión voluntaria). El primero –*opt-in*– únicamente permite el envío de comunicaciones comerciales a quienes hubieran manifestado su consentimiento previo y específico. El sistema *opt-out*⁴³ consiente realizar comunicaciones comerciales salvo que el destinatario manifieste su rechazo.⁴⁴ Como seguidamente veremos, el sistema *opt-in* es el vigente en el escenario comunitario, mientras que el *opt-out* resulta imperante en el espacio estadounidense. Repárese en que la divergencia normativa existente entre Norteamérica y Europa suscita un importante incremento del uso del correo electrónico para la remisión de *spam*. En consecuencia, es de imperiosa necesidad la cooperación entre los Estados para, precisamente, adoptar un acuerdo de alcance internacional cuyo articulado, en primer lugar, contemple los principios generales comunes que necesariamente deberán cumplir las comunicaciones comerciales electrónicas y, en segundo lugar, establezca en cada Estado una autoridad pública con competencias similares respecto al control de este tipo de prácticas.

⁴¹ Véase SAMPOL PUCURRULL, M. "Administración electrónica", en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.) y PEREÑA PINEDO, I. (coord.). *Manual de derecho administrativo sancionador*, Thomson Aranzadi y Ministerio de Justicia, Navarra, 2005, pp. 1753-1776.

⁴² En el escenario europeo se han aprobado diversas normas para hacer frente al *spam*. En este sentido, cabe destacar, entre otros países, a: Bélgica: artículo 14 de la *Loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information* (del 11 de marzo de 2003); Dinamarca: artículo 6 del *Marketing Practices Act* (del 25 de julio de 2003); Irlanda: artículo 13 de los *Statutory Instruments* No. 535 (del 6 de noviembre de 2003); Italia: artículo 10 del Decreto Legislativo No. 185, del 22 mayo de 1999, y sección 13 del Decreto Legislativo No. 196, del 30 de junio de 2003 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*); Portugal: artículo 22 del *Decreto-Lei* No. 7/2004 (del 7 de enero de 2004), y Reino Unido: artículo 22 de los *Statutory Instruments* No. 2426 (del 11 de diciembre de 2003).

⁴³ Como dispone cierto sector de la doctrina –HAFNER, K. "A Change of Habits to Elude Spam's Pull", *The New York Times*, 23 de octubre de 2003–, el hecho de manifestar el rechazo expreso en este sistema puede suponer, en ciertas ocasiones, la recepción de más *spam*. Dejando al margen los concretos efectos generales de carácter negativo, cabe insistir en las molestias que la implantación de tal sistema puede determinar. En este sentido, MUÑIZ ESPADA, E. "Algunas consideraciones sobre la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico", en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, t. 2, p. 2686.

⁴⁴ RODRIGUEZ CASAL, C. y LOZA CORREA, M. "Protección de la privacidad. Aproximación al *opt-in/opt-out*", en *Revista de la Contratación Electrónica*, No. 23, 2002, pp. 3-18.

Han sido muchos los progresos legislativos que, desde las instituciones europeas, se han introducido para regular el tratamiento de los datos personales. Así, desde la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de datos personales, se han aprobado nuevos textos legales que han configurado en el ámbito de la Unión Europea un marco jurídico de protección de datos personales en las comunicaciones electrónicas. En este sentido, además de la Directiva sobre comercio electrónico, se ha aprobado la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y, más recientemente, la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo, de conservación de datos de tráfico.⁴⁵

Por lo que a la Directiva sobre comercio electrónico se refiere, cabe destacar que deja a la decisión de cada Estado la posibilidad de admitir o no el *spam*. En el supuesto de que opte por su licitud, habrá de establecer ciertos presupuestos. En este sentido, las comunicaciones comerciales electrónicas deberán estar identificadas como tales de manera clara e inequívoca. De igual modo, los anunciantes deberán informarse y respetar las listas *opt-out* para no remitir comunicaciones a los usuarios que se hayan opuesto. También indicaba que las comunicaciones promocionales no deseadas no debían redundar en gastos complementarios para los usuarios.

Debe advertirse que el articulado de la Directiva sobre comercio electrónico no establecía la necesidad de que el destinatario manifestara, de manera libre e inequívoca, su voluntad respecto al envío de las comunicaciones comerciales. Tanto éste como otros aspectos relevantes determinaron la aprobación de la Directiva 2002/58, que modifica la antes enunciada. Entre las reformas que se operaron, cabe destacar fundamentalmente tres. En primer lugar se enumeraron los medios por los que puede acometerse la venta directa, a saber: la llamada automática sin intervención humana, el fax y el correo electrónico. En segundo lugar, para la remisión de comunicaciones comerciales, a través de los medios anteriores, el receptor habrá tenido que manifestar previamente su consentimiento con una excepción. Esta última supone que no será necesaria la prestación del consentimiento por parte del sujeto receptor cuando anteriormente haya sido cliente de una determinada entidad, cumpliéndose, además, ciertos presupuestos –solicitud directa del titular; que los bienes y/o servicios respecto de los que se realiza la promoción estén relacionados con los que el usuario contrató previamente, y que en las comunicaciones comerciales recibidas se informe de

⁴⁵ En relación con tal norma, puede verse VILASAU, M. "La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas: seguridad v. privacidad", en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, No. 3, 2006, pp. 1-15.

la posibilidad de oponerse a envíos posteriores—. En tercer y último término, se prohíbe la remisión de comunicaciones comerciales por parte de empresas que oculten su identidad.

A nivel español, el *spam* es objeto de prohibición en el artículo 21 de la LSSI-CE, en los siguientes términos:

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

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Ahora bien, aun concurriendo los dos presupuestos establecidos en el artículo 21 de la LSSI-CE, cabe la posibilidad de que el consumidor y/o usuario manifieste su oposición a recibir comunicaciones comerciales.⁴⁶ Al respecto, el apartado 2 *in fine* del mencionado precepto dispone que “[e]n todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija”.

En el supuesto de las comunicaciones comerciales que los operadores de telefonía móvil remiten como SMS/MMS, suele —empleamos tal término puesto que, lamentablemente, no siempre es así en todos los casos—⁴⁷ informarse a los consumidores sobre el procedimiento para el ejercicio del derecho de oposición respecto a la recepción de publicidad. Tal información también es objeto de mención en las condiciones generales de prestación del servicio por parte del

⁴⁶ En el caso que sometemos a examen, interesa reseñar que un gran número de los contratos de telefonía móvil suelen incluir cláusulas en las que se establece que, de no desear recibir comunicaciones comerciales de la compañía, así como que sus datos se cedan a terceros, deberán marcarse las casillas habilitadas al efecto. También se contempla tal opción para evitar el tratamiento de los datos de tráfico con fines comerciales.

⁴⁷ Así se pone de relieve por los procedimientos sancionadores (PS) instruidos por la Agencia Española de Protección de Datos a las distintas operadoras. En este sentido, pueden, entre otras, citarse el PS 00100/2010, el PS 00168/2010 y el PS 00209/2010.

operador de telefonía móvil, como en la política de privacidad del sitio *Web* de este último.

No obstante, si la operadora no respeta el derecho de oposición manifestado por el consumidor y/o usuario tendrá lugar una violación del artículo 21 de la LSSI-CE. Esta última constituiría una sanción que, a tenor del artículo 38 de dicha norma, puede alcanzar la categoría de leve⁴⁸ o grave.⁴⁹ De lo anterior puede colegirse que la infracción del artículo 21, en relación con el artículo 22 de la LSSI-CE, en los términos indicados por el artículo 38.4, inciso d, se califica como infracción leve, aunque si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios, o bien más de tres a un mismo destinatario, en los términos que se determinan en el artículo 38.3, inciso c, se producirá una infracción tipificada como grave a los efectos de la LSSI-CE. Asimismo, el artículo 43.1, segundo párrafo, de la LSSI-CE otorga a la Agencia Española de Protección de Datos —AEPD— la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del mencionado artículo 21.

Si el caso concreto ha de ser susceptible de ser sancionado como grave, no podrá rebajarse la infracción aunque el operador de telecomunicaciones alegue la concurrencia de fallos técnicos de carácter puntual que impidieran actuar según la oposición del destinatario a seguir recibiendo publicidad.⁵⁰ En efecto, la normativa aplicable —en el caso concreto de España— a las comunicaciones comerciales por vía electrónica, como en el envío de SMS/MMS, no es la LOPD, sino la LSSI-CE, en la que no existe ningún precepto como el artículo 45.5 de la LOPD, lo que implica que no es posible, *ex lege*, aplicar la escala inferior en gravedad, atendiendo a diversas circunstancias. Por otro lado, también debería considerarse que, desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, lo relevante es la diligencia desplegada

⁴⁸ Dispone el artículo 38.4, inciso d, de la LSSI-CE que son infracciones leves "[e]l envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave".

⁴⁹ Determina el artículo 38.3, inciso c, de la LSSI-CE que son infracciones graves "[e]l envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21".

⁵⁰ En este sentido, el RS 00345/2010. En el mismo, la entidad denunciada advirtió la concurrencia del denominado "error o incidencia técnica" en el marco de la investigación que se derivó en el procedimiento sancionador, es decir, desde que el denunciante ejerció su oposición, se enviaron 18 comunicaciones comerciales, extendidas en el tiempo, desde junio de 2009 a enero de 2010. Teniendo en cuenta el volumen de negocio de la entidad denunciada, se exigió una mayor diligencia para verificar ciertos controles internos, que sólo ella estaba en disposición de accionar. Aunque se puso de manifiesto la ausencia de intencionalidad en la comisión de los hechos imputados por parte del operador de telecomunicaciones, hay que concluir que éstos se producen por una falta de diligencia en la custodia y gestión de los elementos tecnológicos necesarios para garantizar los derechos de sus clientes.

en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción únicamente con base en el mero resultado, es decir, en el principio de responsabilidad objetiva.

No debe, en modo alguno, perderse de vista que otra de las opciones que el consumidor tiene al alcance para ejercer su derecho de oposición a este respecto es inscribirse en los ficheros de exclusión voluntaria, que pueden ser de carácter general o sectorial. Entre las opciones disponibles en la actualidad, destaca la denominada Lista Robinson,⁵¹ cuya gestión está a cargo de la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo⁵² (FECEMD). Aunque funciona desde comienzos de los noventa, representa, como decimos, un fichero de exclusión publicitaria que, como se deduce del Reglamento (español) de la LOPD, evita la recepción de publicidad no deseada.⁵³ Debe, en todo caso, repararse en que nos encontramos ante un instrumento complementario que en modo alguno sustituye los derechos que el legislador reconoce al potencial consumidor y/o usuario. Tal actuación supone un nuevo ejemplo de autorregulación de las empresas que operan en el sector del marketing directo.⁵⁴ No en vano las mismas han puesto en práctica tal medida, ya que son conscientes del efecto negativo que en los potenciales consumidores y/o usuarios tienen las comunicaciones no deseadas.⁵⁵ Estos últimos pueden, de forma gratuita, darse de alta en tales ficheros.⁵⁶ A tal efecto, se tendrá que completar un formulario en el que se detallará por qué canales —teléfono, SMS, correo electrónico, e incluso por vía postal— no se desean recibir comunicaciones comerciales personalizadas.

Ahora bien, el artículo 49.4 del Reglamento de la LOPD impone a los anunciantes el deber de consultar los ficheros de exclusión para no remitir publicidad a las personas que han manifestado su oposición, inscribiéndose, a tal efecto, en

⁵¹ La misma es accesible a través del sitio *Web*: www.listarobinson.es.

⁵² Tal entidad cuenta tanto con el Comité de Protección del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal como con un Código Ético de Protección de Datos Personales del sector del Marketing Directo, en virtud del cual el Comité interviene. Si este último considera que una empresa adherida a FECEMD ha vulnerado la Lista Robinson, podrá recomendar una acción disciplinaria y, si procede, la suspensión como miembro adherido al servicio. El Comité podría, además, publicitar convenientemente la sanción, así como emprender acciones legales en caso de que de la mala práctica se deriven comportamientos ilícitos que repercutan sobre la credibilidad de esta actividad de marketing directo.

⁵³ Sobre tal figura, DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. "Sobre las denominadas listas Robinson", en *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, No. 15, 2009.

⁵⁴ La Lista Robinson, gestionada por FECEMD, cuando inicialmente se ideó, se encontraba regulada por un código de autorregulación cuya fecha de redacción data de 1992.

⁵⁵ No debe, en absoluto, dejarse de lado el coste que para los anunciantes supone la consulta de tales ficheros de exclusión. Así, por lo que se refiere a la Lista Robinson, las empresas no adheridas a FECEMD deberán abonar ciertas cuantías —que para la suscripción anual es de 550 euros más IVA—. En todo caso, aunque la iniciativa parece loable, no deben, insistimos, perderse de vista las cantidades que los anunciantes tendrán que soportar.

⁵⁶ Sin embargo, en el caso de los menores de 14 años será necesario que lo realicen sus padres o tutores, mientras que en el supuesto de los incapacitados deberá operarse por sus representantes legales.

las mismas.⁵⁷ A nuestro modo de ver, teniendo en cuenta la redacción del citado precepto, podrían suscitarse ciertas dudas sobre si las listas de exclusión resultan obligatorias para todos los anunciantes o únicamente para las entidades adheridas al sistema que voluntariamente las ponga en práctica. Nos posicionamos a favor de la última opción, ya que, entre otras cuestiones, parece la más respetuosa con el fenómeno de la autorregulación. No olvidemos que, aunque no parece deseable, en la práctica podrán crearse numerosos ficheros de exclusión a cargo de entidades privadas —además de la ideada por FECEMD—, por lo que su consulta podría llegar a ser especialmente gravosa —desde distintas perspectivas (económica, temporal, etcétera)— para los anunciantes.

Aunque nos encontramos ante una figura diversa a los códigos tipo —que son una modalidad específica de códigos de conducta, si bien resultan específicos en el ámbito de la privacidad—, comparte algunos caracteres comunes con los mismos. En efecto, en primer término, ambos son de carácter voluntario y, además, deberán inscribirse en la AEPD. Y, en segundo lugar, a nuestro entender, su vulneración comportará sanciones sólo para los adheridos.⁵⁸ Estas últimas podrán imponerse tanto por la AEPD⁵⁹ como por la entidad que esté a cargo del fichero de exclusión que, en el caso de la Lista Robinson actualmente vigente, habrán, en su caso, de imponerse por la FECEMD en aplicación del Reglamento regulador.

Respecto a las sanciones que, en su caso, procedan por parte de la AEPD debe señalarse que, a tenor de los artículos 30.4 de la LOPD y 49.4 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, todo ello en relación con lo dispuesto en el artículo 6 de la LOPD, la entidad que, existiendo oposición expresa del afectado en virtud de la Lista Robinson, remitiera comunicaciones comerciales, estaría tratando los datos de carácter personal sin el consentimiento inequívoco del interesado. En consecuencia, una vez acreditado el tratamiento de los datos por la AEPD, y negado por el interesado dicho consentimiento inequívoco, corresponde a la parte imputada, que efectúa el tratamiento, justificar que contaba con el repetido consentimiento que sirviera de cobertura al tratamiento realizado. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Nacional de España, del 11 de mayo de 2001, dispone que “[...] *quien gestiona la base, debe estar en condiciones de acreditar el consentimiento del*

⁵⁷ Tal precepto determina que “[q]uienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento”.

⁵⁸ Para, precisamente, identificar a las empresas usuarias de la Lista Robinson, la propia FECEMD ha ideado un sello de calidad, de uso facultativo. Una de las sanciones que caben frente al incumplimiento del fichero de exclusión es la retirada del logotipo ideado al efecto.

⁵⁹ Sobre este particular, se recomienda la lectura del procedimiento sancionador 00654/2010 contra Telefónica Móviles de España a iniciativa de un particular. La mencionada entidad fue sancionada con una multa de 3,000 euros.

afectado, siendo carga de la prueba del mismo su justificación, y la entidad recurrente en ningún momento ha realizado esfuerzo probatorio tendente a la acreditación del consentimiento de las personas en las que se basa la sanción” (la cursiva ha sido establecida, en numerosas ocasiones, por parte la AEPD). De acuerdo con el artículo 44.3, inciso c, de la LOPD, se considera infracción grave “tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley”. Por consiguiente, se está describiendo una conducta —el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior— que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la LOPD. El principio del consentimiento se configura como principio básico en materia de protección de datos.⁶⁰ En el caso que analizamos, tiene cabida legal en el artículo 30.4 de la LOPD cuando permite al titular de los datos “revocar u oponerse” a un determinado tratamiento, lo que pone de relieve el poder de disposición y control sobre los datos personales.

Siguiendo con el supuesto que planteamos, si el prestador de servicios adherido a la Lista Robinson incumpliera con los compromisos que tal adhesión representa y, a este respecto, remitiera comunicaciones comerciales a un determinado destinatario que, con carácter previo, hubiera manifestado su oposición, se estaría vulnerando el citado principio del consentimiento. De concurrir tal supuesto, los datos del denunciante serían tratados en los ficheros del prestador de servicios de que se trata sin su consentimiento. Esto es, sin observancia de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la LOPD.

El artículo 45.5 de la LOPD⁶¹ deriva del principio de proporcionalidad de la sanción, que permite establecer la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate. Para ello, es necesaria la concurrencia de una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, de la antijuridicidad del hecho, o bien de alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita.

Al igual que en el ámbito de la publicidad interactiva difundida en Internet, donde se han aprobado diversos códigos de conducta⁶² para, entre otros

⁶⁰ Con carácter general, dicho principio tiene reflejo en el artículo 6 de la LOPD, si bien su desarrollo y efectos se plasman durante todo el texto legal y la normativa de desarrollo, por razón de la materia.

⁶¹ Tal precepto debe ser, en cualquier caso, considerado en la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁶² Entre los mismos, debe destacarse que el Código de Confianza Online ha sido aplicado, en materia de publicidad interactiva, por parte del organismo de control encargado de su verificación, a la remisión de SMS. Nos referimos al Jurado de Autocontrol de la Publicidad. En efecto, se han planteado diversas reclamaciones ante el mismo, demandando la aplicación de tal código de conducta a mensajes comerciales remitidos al teléfono móvil. Se trata de la resolución del 7 de febrero de 2008, caso Particular a través de la Secretaría de Confianza Online vs. Telefónica

aspectos, frenar el *spam*, también en materia de telefonía móvil tiene lugar tal proceder. En este sentido destacan, entre otros, a nivel nacional, un código deontológico aprobado en 2006, mientras que en el espacio comunitario cabe referirse a dos documentos específicos a propósito del particular.

En España, desde comienzos de 2006, está vigente el código de conducta de la Asociación de Empresas de Servicios a Móviles (AESAM). Tal código, modificado a mediados de 2007, es vinculante para, por un lado, todas las empresas adheridas a tal asociación y, por otro, para todas aquellas que voluntariamente lo hagan. Resulta loable la multiplicidad de contenidos abordados. Así, entre otras, por un lado incluye medidas tuitivas para menores y discapacitados y, por otro, normas relativas a SMS/MMS *premium* —como, por ejemplo, alertas, suscripciones, juegos, sorteos y concursos—. Aunque se prevé la obligación de que las empresas que se comprometan con el presente documento se adhieran al arbitraje de consumo, existe un organismo que se ocupará de verificar el cumplimiento del mismo: el denominado Comité de Autotutela. Ahora bien, este último, a nuestro entender, no merece la consideración de verdadero órgano de control, ya que gran parte de sus miembros pertenece a la propia entidad redactora del código de conducta. Por ello, podrían verse comprometidas las notas de imparcialidad e independencia que deben concurrir en tal presupuesto del sistema de auto-disciplina.

Aunque a nivel comunitario existen numerosas iniciativas derivadas de la autorregulación para tratar de hacer frente al *spam* móvil, seguidamente nos referiremos, de manera breve, a aquellas más representativas en dicho escenario.

En primer lugar, la GSMA desarrolló un código de buenas prácticas al respecto.⁶³ Los presupuestos establecidos en el documento que analizamos, al que se adhieren los operadores móviles asociados, buscan:

- 1) Proporcionar mecanismos que aseguren que el cliente puede controlar la recepción de comunicaciones comerciales no solicitadas (según lo establezca la legislación nacional).
- 2) Incluir condiciones antispam en los nuevos contratos que los operadores suscriban con proveedores, de manera que se respeten las exigencias establecidas por la legislación nacional aplicable y se fijen penalizaciones frente a violaciones de los compromisos antispam.

Móviles España, s. A. U. ("Publicidad SMS"); resolución del 19 de septiembre de 2008, caso Particular vs. Vodafone España, s. A. ("Vodafone Passport"), y resolución del 9 de septiembre de 2009, caso Particular vs. Vodafone España, s. A. U. ("SMS Europa").

⁶³ Su articulado puede verse, de forma completa, en la dirección electrónica siguiente: http://gsmworld.com/documents/Spam_code.pdf?PUPOL=SPAMFL.

- 3) Incentivar la colaboración de todos los operadores móviles del sector en la investigación de los casos de *spam*.
- 4) Proporcionar información a los clientes que ayude a reducir la magnitud y consecuencias del *spam*.
- 5) Poner en práctica actividades diseñadas por los operadores para mitigar el nivel de impacto del *spam*.
- 6) Animar a que gobiernos y demás autoridades apoyen iniciativas antispam.

En segundo lugar, la *Mobile Marketing Association* (MMA) desarrolló un código de conducta para el marketing móvil en 2007,⁶⁴ con una última versión del 15 de julio de 2008, que está basado en varias categorías, a saber:

- a) Aviso: las empresas del sector del marketing móvil deben dar a sus potenciales clientes un aviso en el que especifiquen los términos y condiciones de un programa de marketing.
- b) Elección y consentimiento: las empresas han de respetar el derecho de los usuarios a controlar los mensajes que reciben, para lo que han de tener en cuenta sistemas de *opt-in* y *opt-out*.
- c) Personalización: la información obtenida de los usuarios con finalidades de marketing se debe utilizar cuando la misma esté disponible, precisamente para adaptar esas comunicaciones de marketing a los intereses particulares de los usuarios.
- d) Restricción: los mensajes remitidos deben limitarse únicamente a aquellos usuarios que lo hubieran requerido y, además, han de suponer un valor añadido para su receptor.
- e) Seguridad: deben implementarse procedimientos técnicos, administrativos y físicos para proteger las informaciones obtenidas de los usuarios para programas de marketing.
- f) Aplicación y responsabilidad por parte de las empresas que voluntariamente han asumido su observancia.
- g) Ejecución y cumplimiento: las empresas deben verificar que sus actuaciones respeten el articulado del código de conducta.

Para que las comunicaciones remitidas a través de *WhatsApp* sean lícitas, deben necesariamente concurrir los presupuestos a los que hemos aludido. En el supuesto del *bluetooth*, existen ciertas especialidades. En efecto, sin perjuicio de que las comunicaciones electrónicas de carácter comercial realizadas a través

⁶⁴ El texto completo de tal código de conducta puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: www.mma.global.com/codeofconduct.pdf.

de *bluetooth* están sometidas al régimen legal que acabamos de analizar, existen particularidades,⁶⁵ a las que seguidamente nos referiremos, que aconsejan su estudio individual.

Antes de ocuparnos de la regulación de esta sugerente cuestión al amparo de la legislación española, cabe aludir, de manera somera, a ciertas opiniones⁶⁶ que esgrimen algunos reparos para la aplicación de la Directiva sobre Privacidad a las Comunicaciones Comerciales enviadas a través de *bluetooth*. Según tal postura, la Directiva sobre Privacidad, a pesar de la mención expresa en el considerando 40 de la vigencia del principio de neutralidad tecnológica, sólo se aplica a los servicios de comunicaciones electrónicas en redes públicas. En este sentido, entienden que podrían suscitarse importantes dudas en torno a si el *bluetooth* puede encajar dentro de la denominación de red pública, dado que, según tal postulado, tiene carácter privado. Para ello, habrá que distinguir los conceptos de red pública y red privada de comunicación (modalidad que, desde finales del siglo pasado, está adquiriendo un gran protagonismo),⁶⁷ lo que, *a priori*, no parece una tarea sencilla tanto en el plano comunitario como nacional de cada uno de los Estados.⁶⁸ En este sentido, para que una red pueda ser considerada como de carácter público, a pesar de que existen diversos presupuestos que habrán de valorarse,⁶⁹ resulta determinante que estén a disposición del público potencialmente usuario.⁷⁰

A nuestro entender, es cierto que la Directiva sobre Privacidad se aplica a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en redes públicas.⁷¹ Sin embargo, es muy frecuente que, en la práctica, las nociones de red pública de comunicaciones y de servicios de comunicaciones electrónicas resulten poco claras. En efecto, los servicios —cada vez en mayor medida— son una combinación de elementos privados y públicos⁷² y, en ocasiones, podría

⁶⁵ En igual sentido, KOSTA, E. *et al.* "Spam, Spam, Spam, Spam... Lovely spam! Why is Bluespam Different?", en *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 23, No. 1-2, 2009, pp. 89-97.

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Extremo puesto de manifiesto por el Grupo del Artículo 29, en el Dictamen 7/2000, del 12 de julio de 2000, sobre la propuesta de la Comisión Europea de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

⁶⁸ CUIJPERS, C. *et al.* "The Legal Framework for Location-Based Services in Europe", *FIDIS-Project*, Deliverable D11.5, 2007, disponible en: <http://www.fidis.net/resources/deliverables/mobility-and-identity/#c1791>.

⁶⁹ VAN DER HOF, S. *et al.* *Openbaarheid in het internettijdperk*, Sdu Uitgevers, La Haya, 2006, pp. 152-153.

⁷⁰ Sobre este particular y las críticas al respecto véase JAY, R. *Data Protection – Law and Practice*, 2a. ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 639.

⁷¹ GADZHEVA, M. "Legal Issues in Wireless Building Automation: An EU Perspective", *International Journal of Law and Information Technology*, No. 16, 2008, pp. 159-170.

⁷² En esta línea, el Grupo de Trabajo del Artículo 29, en el Dictamen 8/2006, del 26 de septiembre de 2006, sobre la revisión del marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, con especial atención a la Directiva sobre Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas.

resultar difícil establecer si la Directiva sobre Privacidad es aplicable a una determinada situación, cual, por ejemplo, es el *bluetooth*.⁷³

Consideramos que, aunque sería conveniente modificar la mencionada Directiva para hacer alusión expresa al *bluetooth*, podría hacerse una interpretación extensiva de la misma, valorando las particularidades de esta nueva técnica, para garantizar la protección de la privacidad de los usuarios. No obstante, ciertas instituciones entienden que estamos ante una situación de verdadera laguna legal.⁷⁴

En todo caso, a tenor del artículo 21 de la LSSI-CE, al que hemos aludido —de manera pormenorizada—, está prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales, por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas. Teniendo en consideración tal precepto, y que tanto la activación de la tecnología inalámbrica —y, en su caso, su visibilidad frente a todos— como la aceptación del mensaje promocional —de texto, audio y/o video— son actividades plenamente voluntarias, queda patente que los usuarios tienen, en todo momento, la potestad de aceptar o, en su caso, rechazar las comunicaciones comerciales a través de *bluetooth*. Entendemos que debe diferenciarse netamente la mera solicitud del consentimiento para la remisión del archivo, haciendo uso de la tecnología *bluetooth*, de la descarga del mensaje comercial en el dispositivo móvil —para lo que resultará preceptiva la previa aceptación del mismo—.⁷⁵ Sólo el segundo, en caso de no ser solicitado —es decir, si la descarga se realizara sin requerir el consentimiento del afectado—,

⁷³ Tal dificultad puede, entre otros casos, deducirse de los constantes cambios de criterio acontecidos, al respecto, en algunas entidades públicas británicas. Así, destacan las apreciaciones formuladas por la Oficina del Comisionado de Información —*Information Commissioner's Office*— encargada de velar por la protección de los datos de carácter personal, sobre si las comunicaciones comerciales electrónicas remitidas por *bluetooth* están o no sometidas tanto a la Directiva sobre Privacidad como a la *Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations* de 2003 (fruto de la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico interno). En un primer momento —diciembre de 2006— se posicionó a favor de la aplicación de tal normativa al *bluetooth*, pues entendió que las comunicaciones remitidas a través del mismo podían ser reputadas correos electrónicos igual que los mensajes WAP —iCO. "Guidance for Subscribers on the Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003", versión 2.0, 2006—. Sin embargo, posteriormente —octubre de 2007— cambió de postura, defendiendo la imposibilidad de su sometimiento, pues las comunicaciones remitidas por *bluetooth* no pueden incluirse en la definición de correo electrónico —iCO. "Guidance for Subscribers on the Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003", versión 3.1/8, 2007—. Asimismo, consideró que los mensajes remitidos por *bluetooth* lo son a través de una red *ad hoc peer-to-peer*.

⁷⁴ Así se posicionó la holandesa *Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit* —OPTA— (que sería equivalente a la CMT española). Sobre tal extremo puede verse, para más información, el siguiente enlace: <http://www.emerce.nl/nieuws.jsp?id=1845389>.

⁷⁵ También debemos mencionar aquellos supuestos —que, en la práctica, será un número muy reducido— en los que la configuración, por defecto, del *software* relativo al *bluetooth* sea menos respetuosa con la privacidad del usuario. Nos referimos a los casos en los que la opción habilitada en origen sea que el archivo se descargue directamente en el dispositivo sin que resulte preceptiva la previa prestación de consentimiento.

podría ser reputado *spam* –supuesto para el que se ha acuñado la denominación de *bluespam*–,⁷⁶ pero no, insistimos, la simple solicitud del consentimiento del titular del dispositivo para iniciar la recepción del mensaje en el terminal.

No cabe duda de que la operación para recabar el consentimiento del interesado para la remisión consentida del archivo puede ser, *per se*, molesta tanto en el caso de que se solicite una sola vez como, obviamente, en el supuesto de que se pida en múltiples ocasiones –que irán precedidas o de negativas del titular, o bien de inactividad del mismo, tras lo cual, pasado un espacio breve de tiempo, la petición de consentimiento se desvanece del terminal–. En todo caso, debemos advertir que este último extremo podrá evitarse mediante la puesta en práctica de ciertas actuaciones –que pudieran resultar convenientes–.

Como señalamos, siempre existe la opción de desconectar la tecnología *bluetooth*, así como de activarla en modo oculto o invisible para terceros. Las alternativas disponibles para no incomodar al usuario son múltiples, si bien, por poner un ejemplo, podría establecerse que el emisor de los mensajes, a través de *bluetooth*, únicamente conectara, para realizar la petición del consentimiento, con aquellos dispositivos que necesariamente tuvieran una determinada denominación previamente establecida por el empresario responsable de la campaña comercial –que sería conveniente que no fuera una palabra o palabras de uso frecuente, sino que, por continuar con el supuesto propuesto, fuera una designación alfanumérica, o incluso con caracteres especiales–. El nombre específico que los titulares deberían dar a los dispositivos con tecnología *bluetooth* (si, según la fórmula que venimos comentando, desean recibir los mensajes) estaría previamente indicado, en un lugar visible, por el empresario. De esta manera se evitarían molestias innecesarias para quien no desea descargar el mensaje.

Relacionado con cuanto consideramos, para visualizar el mensaje, el usuario antes debe aceptar su descarga, lo que supondrá que lo va a observar –aspecto que, todo hay que decirlo, no se consigue con la publicidad indiscriminada–. Esto último permite, a su vez, conocer cuántos usuarios han aceptado los mensajes, así como de qué tipo de medios móviles disponían –evolución de los impactos publicitarios–. De esta manera, podrá conocerse si se están cumpliendo las expectativas de la campaña.⁷⁷

⁷⁶ CALDER, A. *A Business Guide to Information Security*, Kogan Page Publishers, 2006, p. 93; MARCHINI, R. y TEBBUTT, K. "Bluespam: Is it Legal?", en *BNAI's World Data Protection Report*, 2007, pp. 1-3; KOSTA, E. *et al.* "Spam, Spam, Spam...", *op. cit.*, pp. 89-97; MOYERS, B. R. *et al.* "Effects of Wi-Fi and Bluetooth Battery Exhaustion Attacks on Mobile Devices", en *43rd Hawaii International Conference on System Sciences*, 2010, pp. 1-9.

⁷⁷ La campaña que Adidas realizó para el Real Madrid, en agosto de 2005, permitió la incorporación de videos con ciertos contenidos, como entrevistas con los jugadores del citado club, que llegó a generar un volumen de 10,000 descargas en nueve días, con una audiencia que permanecía una media de 7 minutos interactuando con el móvil.

Debemos incidir en una cuestión que acabamos de adelantar vinculada con el control constante que el titular del dispositivo tiene respecto a la tecnología *bluetooth*. En efecto, si el usuario no desea, en modo alguno, recibir mensajes publicitarios a través de tal tecnología, puede actuar en un doble sentido. En primer lugar, puede desactivar totalmente tal servicio, pero también cabe, en segundo lugar, activar el servicio en modo invisible u oculto para terceros,⁷⁸ que, entre otros extremos, supondría que el usuario del dispositivo puede interactuar con otros dispositivos que estén en modo visible, si bien estos últimos no podrán hacerlo —pues, como hemos advertido, para los mismos es completamente invisible—.

En el caso de que desee recibir comunicaciones eventualmente comerciales de terceros, el dispositivo *bluetooth* deberá ser previamente visible para los mismos —lo que en modo alguno puede ser interpretado, por sí solo, como consentimiento favorable a la recepción de mensajes de tal carácter—. Asimismo, para garantizar el respeto de la privacidad del usuario, en todos los supuestos, antes de que el terminal proceda a la descarga del mensaje que se trata de remitir por el empresario que hace uso de estas técnicas, se solicitará autorización al titular sobre si desea o no aceptarlo. A efectos de salvaguardar aún más la privacidad, puede, con carácter adicional, implementarse un mecanismo de seguridad añadido en virtud del que el emisor de publicidad deberá introducir una clave para interactuar con el potencial receptor de la comunicación comercial. Cabe advertir que, en la práctica, podrían, como consecuencia del recurso a técnicas reprobables, plantearse ciertos problemas en relación con esta última cuestión. Nos referimos a los casos en los que los dispositivos *bluetooth* sean identificables por la denominación de serie —generalmente relativa al modelo—, y la base de datos de la que el *bluetooth* se sirva para la remisión de los mensajes comerciales cuente con las contraseñas establecidas de serie, en cuyo caso podrían vulnerar los mecanismos de seguridad fijados por el titular del dispositivo.

En el supuesto de que el titular del dispositivo móvil rechace la recepción de un determinado mensaje a través del soporte *bluetooth*, el servidor que efectúa

⁷⁸ Existen técnicas ilícitas —como el *redfang* o el *bluesniff*, que es una versión mejorada de la primera— que, precisamente, persiguen identificar dispositivos *bluetooth* que estén en modo oculto. No cabe duda que suponen un claro quebranto de la seguridad que, a su vez, infringe la privacidad de los titulares de los terminales. Sobre esta cuestión recomendamos la lectura de POTTER, B. "Next Generation Wireless Security Tools", en *Network Security*, No. 9, 2003, pp. 4-5; AALTO, L. et al. "Bluetooth and WAP Push Based Location-Aware Mobile Advertising System", en *International Conference on Mobile Systems, Applications and Services*, Association for Computing Machinery, Boston, 2004, pp. 49-58; WONG, F. L. y STAJANO, F. "Location Privacy in Bluetooth", en *Lecture Notes in Computer Science*, No. 3813, 2005, pp. 176-188; HAATAJA, K. y HYPONEN, K. "Man-in-the-Middle Attacks on Bluetooth: A Comparative Analysis, a Novel Attack, and Countermeasures", en *Proc. 3rd Int'l Symp. Communications, Control, and Signal Processing (ISCCSP 08)*, IEEE Press, 2008, pp. 1096-1102; MUNRO, K. "Breaking into Bluetooth", *Network Security*, No. 6, 2008, pp. 4-6; DUNNING, J. P. "Taming the Blue Beast: A Survey of Bluetooth Based Threats", *IEEE Security and Privacy*, vol. 8, No. 2, 2010, pp. 20-27.

los envíos debería registrar tal extremo para, precisamente, no remitir más comunicaciones —se trata, sin ser totalmente equiparable, de habilitar una opción similar al sistema *opt-out*—.

En relación con la cuestión que abordamos, se ha dicho que los usuarios de dispositivos *bluetooth* no se conectan a la red hasta que han dado su consentimiento para la descarga del archivo.⁷⁹ Tal apreciación podría no ser totalmente correcta, dado que, a nuestro juicio, los dispositivos que cuenten con tal tecnología —emisor y receptor— pueden tener activado el mismo (con las restricciones previas de interconexión —para, entre otros extremos, no recibir comunicaciones comerciales no deseadas— que hemos analizado), lo que supondrá que están conectados a la red, si bien para el establecimiento de la comunicación recíproca será preceptivo el previo consentimiento del receptor. Consideramos que se estaría confundiendo conexión a la red con necesidad de que los usuarios de determinadas redes estén abonados a un proveedor de servicios de telecomunicaciones. Este último no acontece en el caso del *bluetooth*, pues, como es sabido, no es necesario contratar a un proveedor de servicios, sino que simplemente es suficiente con que el dispositivo cuente con tal tecnología, cuyo uso resulta gratuito para ambas partes —emisor y receptor—.

Aunque, como decimos, discrepamos de la opinión precedente, nótese la existencia de un carácter diferencial del *bluetooth* con respecto a otras redes públicas de comunicaciones —telefonía móvil, fax o Internet, entre otros—. Nos referimos a que, en estos últimos casos, los mensajes comerciales, deseados o no —en cuyo supuesto serán ilícitos—, se reciben íntegros —lo que, obviamente, supone su descarga completa— directamente en la bandeja de entrada de los distintos dispositivos. Este extremo no acontece del mismo modo en el *bluetooth*, dado que, en este último, para iniciar la descarga es necesario el previo consentimiento del titular del dispositivo —salvo que el usuario voluntariamente haya modificado la configuración del servicio *bluetooth* para, precisamente, desactivar la necesidad de recabar el previo consentimiento—. Tal diferencia, a nuestro entender, pone de manifiesto el menor carácter invasivo, a efectos de privacidad, de la tecnología *bluetooth*.

148

Continuando con las exigencias legales presentes en el artículo 21 de la LSSI-CE, el mensaje que se remite necesariamente ha de identificarse como publicidad, así como identificar al emisor. Una opción viable para cumplir con tal premisa podría ser la constancia expresa de ambos extremos tanto en el nombre del fichero como en la antena emisora. Así, a modo de ejemplo, el título del fichero

⁷⁹ En tal sentido, el Grupo de Trabajo del Artículo 29, en el Dictamen 1/2009, del 10 de febrero, sobre las propuestas que modifican la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

podría ser “publi_”, seguido del nombre del producto y/o servicio que se busca promocionar. De esta manera, el usuario, antes de aceptar la recepción del mensaje, tendría conocimiento de dos aspectos. Por un lado, del contenido comercial del mismo y, por otro, de los datos del emisor.

Ahora bien, podrían plantearse ciertos problemas en el caso de que, sin tomar las precauciones oportunas, el mensaje, sólo apto para mayores de 18 años, se remitiera al terminal de un menor de edad.⁸⁰ Dado que los únicos datos de los que el punto de acceso *bluetooth* dispone son, por un lado, el MAC, que no está vinculado con ningún dato de carácter personal, y, por otro, la denominación dada al dispositivo —que, como hemos visto, podrá constar la dada por defecto por el fabricante del terminal o, en su caso, modificarse por el usuario—, lo habitual será que el anunciante desconozca la edad del destinatario del mensaje. Para, precisamente, cumplir con la legalidad imperante sobre la materia, podría optarse por diferentes alternativas que no deben, en absoluto, considerarse excluyentes, sino complementarias. Así, entendemos que debe advertirse que el contenido que se remite no es apto para todos los públicos, sino que sólo lo será para que superen una determinada edad. Tal extremo podrá indicarse en el nombre de la antena emisora de mensajes, en el título de la comunicación que se remite —“publi_mayores18”—, e incluir una ventana emergente cuya visión y reconocimiento de la mayoría de edad sería preceptiva para poder descargar el mensaje —como la elección de la alternativa de la mayoría o minoría de edad—.

Debe considerarse el hecho de que el contenido de ciertos mensajes, ideados para ser remitidos a través de *bluetooth*, haya sido concebido para ir más allá de la mera visibilidad o lectura del potencial usuario, dado que, en algunos supuestos, podrá operar modificaciones en la agenda y/o contactos del propio terminal móvil. Así, por lo que a la agenda o calendario se refiere, podrá crear, de forma automática, una entrada en el terminal con los horarios y días de apertura del establecimiento del que proceden. En cualquier caso, lo más habitual, entre otros contenidos, será la remisión de texto, imágenes, videos, cupones de descuento, juegos, aplicaciones Java, mapas y sitios *Web*.

ii) *Los SMS/MMS premium*

149

En España, hasta hace relativamente poco se han disciplinado los mensajes de telefonía móvil *premium* o, en otros términos, de valor añadido.⁸¹ La regulación

⁸⁰ Cabe poner de manifiesto que la AEPD se ocupó de un supuesto similar —pero en el caso de un SMS remitido, a través de la red del operador de telecomunicaciones, al terminal móvil de un menor de edad— en el informe jurídico 0308/2008.

⁸¹ La expresión valor añadido pone el acento en que se trata de un servicio diferente al telefónico que le sirve de

de los mismos, tanto SMS –*Short Message Service*– como MMS –*Multimedia Messaging System*–, se ha efectuado a través de una orden ministerial, así como por un código de conducta que es de obligado cumplimiento para los prestadores de tales servicios.⁸² En ambos supuestos, estamos ante mensajes que tienen asociados algún servicio especial, cual puede ser participar en un concurso, descargarse una melodía para el móvil, logos y juegos, así como suscribirse a un servicio de noticias. Han suscitado diversas polémicas como consecuencia de la escasa regulación⁸³ que, hasta 2008, existía al respecto y de los enormes ingresos –en muchos casos, fruto de las violaciones de los derechos de los consumidores y/o usuarios– que proporcionan tanto a las operadoras como a las empresas que ofrecen los servicios especiales.

Tal vacío legal, como decimos, ha resultado colmado, con buen criterio, por la regulación contenida en la Orden Ministerial (española) ITC/308/2008, del 31 de enero de 2008, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.⁸⁴

La citada norma incurre en sugerentes modificaciones. Así, entre otras, define los servicios de tarificación adicional fundamentados en mensajes,⁸⁵ manifiestan-

soporte. Por otro lado, la locución tarificación adicional pone de manifiesto que su precio se adiciona y paga junto con el del servicio soporte.

⁸² Tal documento fue aprobado por Resolución del 8 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado española de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes. Asimismo, fue objeto de reforma por la Resolución del 2 de julio de 2010 de la Secretaría de Estado española de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

⁸³ Llama, en todo caso, la atención que la Orden (española) 2410/2004, que modificó la regulación de los servicios de tarificación adicional, no incluyera en su ámbito de aplicación los servicios prestados a través de SMS/MMS. Repárese en que los mismos, como veremos más adelante, pueden tener efectos tan perjudiciales para el usuario como las llamadas de tarificación adicional.

⁸⁴ El 24 de junio de 2011, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional española (RJCA 2011/515) estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Empresas de Servicios a Móviles (AESAM) contra el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basado en el envío de mensajes, aprobado mediante acuerdo adoptado por el Pleno de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, declarando la nulidad de dos de los apartados del Código y desestimando los restantes motivos del recurso. La Audiencia ratifica la práctica totalidad del Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional, destacando su objetivo de protección de los consumidores y usuarios ante posibles abusos en este tipo de servicios. No obstante, la Audiencia Nacional española sí da la razón a la patronal AESAM, al declarar la nulidad de los apartados 6, 7.1 y 6.2 del Código, por entender, respecto del primero, que un código de conducta no puede prohibir la utilización de números con tarificación adicional para la prestación de servicios de atención al cliente o de posventa, en la medida en que la Comisión de Supervisión no está habilitada para regular la gestión y utilización de numeración con determinadas finalidades. Respecto del segundo precepto, explica la Sección que debe modificarse su redacción, del tal modo que, en vez de exigir que el precio sea "inferior" a la cifra señalada, se indique que el mismo sea "igual o inferior" a las cantidades que se señalan.

⁸⁵ La Orden española ITC/308/2008, de 31 de enero, reguladora de la mensajería *premium*, ofrece una definición específica de estos servicios en los siguientes términos: "los servicios de comunicaciones electrónicas que supongan

do, en este sentido, su inclusión en la Orden española PRE 361/2002 —artículos 2 y 10 de la misma—. También se refiere a los rangos de numeración que se podrán utilizar para la prestación de servicios de tarificación adicional, así como los diversos tipos de servicios y precios correspondientes a cada rango y estructura numérica —artículo 4 de la citada Orden—. Asimismo, se imponen ciertas obligaciones a los prestadores de este tipo de mensajes como la facturación adicional de los mensajes de invocación, confirmación o rechazo de estos servicios. Finalmente, se reconoce la facultad de los usuarios a recibir facturas desglosadas, mantener el servicio telefónico, así como el general de envío de mensajes en el caso de que el servicio de tarificación adicional se interrumpa por falta de pago del titular.

Asimismo, debe advertirse que, con buen criterio, incluye normas tuitivas para la protección de los menores que disciplinan los horarios y el contenido de la publicidad relativa a los servicios dirigidos a los mismos. También contiene normas específicas para concursos y para servicios de suscripción.⁸⁶

A nuestro juicio, esta última aporta una cierta seguridad para el usuario, ya que, entre otros aspectos, le garantiza la desconexión a la modalidad SMS y MMS *premium*, así como la obligación para los prestadores de estos servicios de desglosar en la factura la parte del importe relativa a la tarificación adicional y la que pertenece al servicio prestado.⁸⁷ En el caso de que los prestadores de tales servicios *premium* vulneren su articulado, este hecho será susceptible de denunciarse ante la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional.⁸⁸

el pago por los consumidores, de forma inmediata o diferida, de una retribución añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, entretenimiento u otros". Como podemos observar, la Orden española está incurriendo en un error conceptual al considerar el servicio de mensajería *premium* como un servicio de "comunicaciones electrónicas", cuando tales sólo son el soporte de los servicios de tarificación adicional. El Código de Conducta de 2009, que regula esta modalidad, los define, en su artículo 3.1, de modo similar, dado que señala que son los prestados tanto mediante mensajes cortos de texto, como mediante mensajes multimedia, que supongan el pago por los usuarios, de forma inmediata o diferida, de una retribución añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, comunicación, entretenimiento u otros.

⁸⁶ En el ámbito europeo cabe referirse a otras sugerentes iniciativas. En este sentido, en Estonia, el Consejo de Protección de Consumidores, en colaboración con empresas de comunicaciones y con los mediadores de los servicios, recopiló las *Advisory Guidelines for the Provision of the Periodical Mobile Content Services* —directrices de asesoramiento para la prestación de servicios de contenidos móviles periódicos—. Dichas directrices incluyen normas bastante detalladas sobre la publicidad, la obligación de información y el proceso de alta/baja de suscripciones de los servicios de contenidos móviles.

⁸⁷ El incumplimiento, por parte del operador de acceso, de las normas de desglose en facturación está expresa y administrativamente prohibido. No se pueden girar cargos por tarificación adicional si no están desglosados.

⁸⁸ Sobre este aspecto, DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. "El gobierno advierte de fraude en la contratación de servicios SMS *premium*", en *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, No. 2, 2012.

b. Como llamada telefónica

En los terminales de telefonía móvil pueden no sólo recibirse mensajes comerciales, sino que podrán ser objeto de llamadas del mismo carácter. Ahora bien, dentro de las mismas cabe referirse, al igual que en el caso de los SMS/MMS, a dos grandes modalidades. Se trata, por un lado, de las llamadas efectuadas con fines de venta directa que, como veremos, de ser no deseadas y reiteradas, podrán considerarse prácticas comerciales desleales. Y, por otro, de las llamadas, mensajes recibidos a través del móvil o visibles en la red, que exhortan al destinatario a llamar a números de teléfono de tarificación adicional, en numerosas ocasiones con falsas promesas y, por consiguiente, de carácter engañoso. En este sentido, se han aprobado códigos de conducta, que complementan la normativa legal, en relación con cada uno de los dos grandes ámbitos expuestos.

i) Las prácticas comerciales, no deseadas y reiteradas, con fines de venta directa como actividad desleal

Nos encontramos ante una actuación creciente a la que cada vez recurren más compañías prestadoras de servicios básicos.⁸⁹ La finalidad de las mismas estriba en conseguir más clientes, exhortando a los potenciales usuarios a que se cambien de la compañía que les preste el servicio a la que, en ese instante, se está comunicando con el titular del dispositivo móvil o, en su caso, fijo. El catálogo de compañías prestadoras de servicios básicos que pueden recurrir a este tipo de prácticas es enormemente amplio, ya que, entre otros, se encuentran la telefonía móvil y fija, Internet, electricidad y gas.

Aunque seguidamente analizaremos la normativa española que trata de frenar estas molestas prácticas,⁹⁰ que se completa, además, con las iniciativas derivadas de la autorregulación, cabe determinar que si bien la legislación española

⁸⁹ Repárese en que, como pone de manifiesto DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. *La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, p. 38, tales llamadas con fines de venta directa también chocan con el derecho a la intimidad. Máxime, como apunta el citado autor, en el supuesto, cada día más frecuente, de las llamadas no solicitadas para la venta.

⁹⁰ A este respecto, el artículo 38.3, inciso h, de la Ley española 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones —LGT— determina que el abonado tiene derecho a "no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello". A tenor del artículo 69 del Real Decreto español 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, para efectuar llamadas no solicitadas con fines de venta directa, mediante sistemas de llamada automática, sin intervención humana, así como para enviar comunicaciones por fax, se requiere el consentimiento previo, expreso e informado del abonado.

se fundamenta en la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales, va más allá.⁹¹ En efecto, el artículo 29.2 de la LCD —que se inspira en el apartado 26 del anexo de la Directiva Europea 2005/29, del 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales— demanda, en el párrafo tercero del artículo 29.2, que las llamadas telefónicas que se hagan a los consumidores deban efectuarse en virtud de números identificables con la finalidad de que el consumidor y/o usuario pueda, sabiendo de dónde procede, decidir no contestarla.

Si se remitiera insistentemente *spam* —o, lo que es lo mismo, comunicaciones comerciales no solicitadas—, concurriendo la oposición del destinatario, tal práctica podría ser reputada desleal. De acuerdo con el artículo 29.2 de la LCD, “se reputa desleal realizar propuestas no deseadas y reiteradas⁹² por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia,⁹³ salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual”. Mientras la LSSI-CE, como vimos, se apoyaba en un sistema de *opt-in* en el que el destinatario debe consentir con carácter previo la recepción de mensajes publicitarios remitidos por medios electrónicos de comunicación a distancia, la LCD se basa en un sistema *opt-out*, por el que únicamente se reputan desleales los mensajes comerciales enviados por medios de comunicación a distancia a destinatarios que, con carácter precedente, se hayan opuesto al envío.

En la LCD, el juicio de deslealtad se condiciona a la persistencia en la remisión de la publicidad no deseada. Ahora bien, ha de advertirse que la norma no detalla cuántas propuestas han de realizarse para que puedan considerarse reiteradas. Tal posición parece correcta, dado que se hace depender de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.⁹⁴

⁹¹ En efecto, como decimos, la LCD reputa el envío promocional no solicitado remitido por medios a distancia como una práctica desleal, por ser agresiva, yendo, por consiguiente, más allá al considerar que es agresiva por acoso. Sin embargo, el legislador comunitario la ha considerado una conducta, en sí misma, agresiva.

⁹² Algunos autores, como LOIS CABALLÉ, A. I. “Las prácticas agresivas con los consumidores”, en RUIZ PERIS, J. I. (dir.). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 172, critica la expresión empleada por el legislador. En este sentido, considera que hubiera sido más correcto emplear la expresión “propuestas no solicitadas”, lo que, a su vez, enlazaría con el artículo 21.1 de la LSSI-CE.

⁹³ Con la expresión “cualquier otro canal de comunicación a distancia” se persigue que los medios a través de los que se efectúen las proposiciones comerciales reiteradas sean a distancia, si bien no necesariamente de carácter personal. Se trata de que posibiliten la comunicación entre las partes, no estando, de manera simultánea, en el mismo sitio. Tal interpretación podría determinar que pudieran quedar subsumidos en tal norma los supuestos de *spam* que se realizaran a través de las redes sociales, u otras técnicas electrónicas.

⁹⁴ Dado que la práctica que comentamos se considera un supuesto de acoso, podría estimarse de aplicación el artículo 8.2 de la LCD, según el cual, “para determinar si una conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida se tendrán en cuenta:

Como dispone tanto el párrafo segundo del artículo 29.2 de la LCD como la Disposición Transitoria Única de la citada norma,⁹⁵ en estas comunicaciones, el empresario o profesional deberá emplear sistemas en virtud de los que el consumidor pueda dejar constancia de su oposición a continuar recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario o profesional.

En virtud de las previsiones anteriormente relacionadas, se persigue que un elenco de prácticas comerciales no deseadas por sus destinatarios y, además, nocivas para el funcionamiento del mercado, dejen de ser empleadas por empresarios y/o profesionales.⁹⁶ No olvidemos que tales comportamientos resultan desleales por el acoso que su uso representa para el consumidor.

En cualquier caso, como dispone el mencionado artículo 29 de la LCD, la ausencia de los presupuestos necesarios para la declaración de deslealtad no será óbice para que un mensaje comercial remitido electrónicamente sea considerado ilícito si, en nuestro caso, vulnera la LSSI-CE o la LOPD.

El tenor del precepto goza de cierta amplitud, dado que, insistimos, no concreta qué debe entenderse por reiteración. Aunque este último término podría vincularse con una insistencia relativa, a lo largo de un plazo de tiempo, sería susceptible de admitir diferentes niveles. En efecto, por poner un ejemplo, no es lo mismo recibir cotidianamente múltiples llamadas no deseadas, todos los días de la semana, inclusive a horas intempestivas de la noche, que tal actitud tenga lugar de manera esporádica. Si bien una llamada no solicitada conlleva, por definición, cierto grado de molestia, la reiteración o insistencia desmesurada

a. El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia;

b. El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante;

c. La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio;

d. Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador;

e. La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse".

⁹⁵ En virtud de la misma, "[e]l empresario o profesional que realice propuestas comerciales por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, tendrá de plazo dos meses, desde la entrada en vigor de la presente Ley, para tener en funcionamiento los sistemas oportunos que debe utilizar, según el apartado 2 del artículo 29, que le permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario o profesional".

⁹⁶ Resultan, asimismo, de interés algunas de las medidas que se pretendieron implantar en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en el derecho alemán, aunque finalmente no se aprobó, se consideró la posibilidad de que las comunicaciones reiteradas que no hubieran sido previamente solicitadas pudieran llevar consigo ciertas consecuencias contractuales. De esta manera, se consideró la posibilidad de que si finalmente se celebraban contratos que tuvieran su base en este tipo de prácticas, los mismos pudieran ser anulables. Sobre este particular puede verse KÖHLER, H. "Vertragsrechtliche Sanktionen gegen unerwünschte Telefonwerbung?", en *WRP*, No. 8, 2007, pp. 866-873; WEGMANN, H. "Anforderungen an die Einwilligung in Telefonwerbung nach dem UWG", en *WRP*, No. 10, 2007, pp. 1141 y ss.

va mucho más allá. Para, de alguna manera, concretar tanto el grado de admisibilidad de las llamadas no solicitadas con fines de venta directa como algunos aspectos conexos, determinados operadores de telecomunicaciones en España se han autorregulado.⁹⁷ Sin embargo, como seguidamente veremos, las normas derivadas de la autorregulación⁹⁸ son bastante favorables a sus intereses, en detrimento de los consumidores y/o usuarios que resultan destinatarios de estas indeseables prácticas.

De su articulado cabe destacar ciertas cuestiones. Así, las operadoras que han suscrito el mismo se han comprometido a respetar las listas Robinson que, como vimos, son ficheros de exclusión en los que los usuarios manifiestan su expreso deseo de no recibir publicidad. Asimismo, se establece un horario⁹⁹ en el que se podrán realizar las llamadas comerciales con el fin de causar las menores molestias a los usuarios —no en vano, por parte de las operadoras, se habla de “horario no intrusivo”—. Si el usuario se opone a la recepción de más llamadas comerciales por parte de ese operador, no volverá a recibir llamadas durante los próximos tres meses. También, dado que las llamadas no deberán efectuarse desde números ocultos, siendo posible que el usuario no tenga interés en contestar, se fija un número máximo de llamadas por mes.¹⁰⁰

Aunque se establecen mecanismos de verificación y control del cumplimiento del código de conducta, el órgano encargado de tal proceder no ostenta las notas de independencia e imparcialidad. De esta manera, no puede afirmarse que la aplicación del código de conducta esté en manos de un verdadero organismo de control. De hecho, por si esto fuera poco, el articulado no incluye sanciones para los infractores.

⁹⁷ Se trata de Telefónica, Vodafone, Orange, Yoigo y Ono. Se prevé la posibilidad de que las demás compañías de telefonía, cuando lo consideren oportuno, asuman el cumplimiento del mismo. Ahora bien, sería plenamente compatible con tal código deontológico que los operadores que no han suscrito tal documento elaboren uno que podría estar verificado por un organismo de control imparcial e independiente.

⁹⁸ En el ámbito de la venta directa, podemos citar otros ejemplos diversos de autorregulación. En este sentido, en 1975, algunas de las empresas que en España se dedicaban a la comercialización de productos y/o servicios por la vía de la venta directa, crearon la Asociación de Empresas de Venta Directa. Como algunos de sus fines eran los de acreditar y dar prestigio a la imagen de la venta directa, así como procurar proteger al consumidor de prácticas comerciales perjudiciales al espíritu de las normas de la venta directa, la mencionada Asociación aprobó un código de ética que debían de cumplir las empresas adheridas o asociadas. Un antecedente del Código de Ética de la Asociación española de Empresas de Venta Directa lo podemos encontrar en la Carta de Principios adoptada por el *Syndicat National pour la Vente et le Service à Domicile (svd)*, que es la denominación actual de la antigua *Association National pour la Vente et le Service à Domicile*.

⁹⁹ El horario que las operadoras se comprometen a respetar será, en días laborables, de 9 a 22 horas, mientras que los sábados será de 9 a 14 horas, estando prohibidas los domingos y días festivos.

¹⁰⁰ Se limita a tres el número de intentos mensuales sobre líneas no contactadas. Se entenderá por “intento” la serie de llamadas efectuadas a un consumidor, de forma consecutiva, en un breve espacio de tiempo con el fin de establecer un contacto.

ii) Comunicación verbal o textual que exhorta a recurrir a un número de tarificación adicional

Los servicios de tarificación adicional¹⁰¹ son prestaciones de información o entretenimiento que, mediante la marcación de determinados códigos o prefijos —803, 806, 807 y 905 para servicios de voz, y 907 para el acceso a Internet¹⁰² en el caso concreto de España—, conllevan una retribución específica o añadida al coste del servicio telefónico disponible al público, por la prestación de servicios de información o de comunicación determinados. Debe advertirse que el coste adicional no se abona directamente a la empresa que presta el servicio o suministra la información, sino que queda integrado en la factura telefónica que el titular de la misma deberá abonar al operador, siendo este último el que se encarga de reintegrar al prestador de tales servicios de valor añadido el porcentaje que le corresponda.

En este tipo de servicios, como pone de relieve la doctrina,¹⁰³ pueden distinguirse hasta tres sujetos, a saber: el operador del servicio de telefonía disponible al público, el prestador del servicio de tarificación adicional y el usuario final o abonado.

El acceso a estos servicios, que puede acontecer a través de Internet o del teléfono móvil, puede determinar una notable dependencia para los consumidores finales. Este último extremo es aprovechado, de manera espuria, tanto por las empresas prestadoras de tales servicios como por las propias operadoras que, con tal proceder, generan situaciones fraudulentas y de indefensión en los usuarios. En cuanto a la forma de acceso, en la práctica, pueden discernirse dos grandes

¹⁰¹ En relación con los mismos, MENDOZA LOSANA, A. I. "Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa. Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha", en CARRASCO PERERA, A. (coord.). *Estudios sobre telecomunicaciones y derecho de consumo*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 307-348; MENDOZA LOSANA, A. I. "Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, No. 8, 2005, pp. 73-99; CAMPUZANO TOMÉ, H. "La relación contractual derivada de la prestación de servicios de telefonía. Especial referencia a la protección de los consumidores frente a la prestación de servicios de tarificación adicional", en ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. (coords.). *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, vol. 1.

¹⁰² El problema más significativo que la prestación de tales servicios plantea viene, en gran medida, determinado por los desvíos a conexiones de líneas de tarificación adicional efectuados sin el consentimiento del usuario. Existen prestadores de servicios que ofrecen servicios, generalmente de carácter pornográfico, que, de forma fraudulenta, desconectan al usuario, sin su consentimiento, del servicio telefónico habitual, conectándolo a una línea de tarificación adicional, con el aumento de facturación que tal aspecto supone. A tal efecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones —CMT—, en sesión del 23 de octubre de 2003, dispuso que la relativa facilidad para que este tipo de fraudes acontezcan en Internet obedece a que quien realiza el establecimiento de la llamada no es directamente el usuario llamada, mediante la marcación de un número, sino que es efectuada, a través de un programa denominado *dialer*, por el ordenador del usuario.

¹⁰³ CAMPUZANO TOMÉ, H. "La relación contractual...", *op. cit.*, p. 723; ALFONSO VELÁSQUEZ, O. L. *El contrato de servicio telefónico*, Reus, Madrid, 2010, p. 204.

modalidades. En primer lugar, en relativamente pocas ocasiones acceden a tales servicios de manera íntegramente consciente, así como dispuestos a asumir el coste económico que comportan. En segundo término, que serán la mayor parte, lo hacen de forma inconsciente como consecuencia de la recepción de SMS/MMS u ofertas publicitarias insertadas en mensajes de correo electrónico, o en diarios digitales. En muchos casos, el carácter de la publicidad recibida, en este sentido, presentará carácter engañoso.

Los usuarios de los servicios que analizamos, con relativa frecuencia, no están informados de las condiciones en las que acceden a los mismos. Tampoco tienen conocimiento de sus derechos y obligaciones, así como las vías de tutela que tienen a su alcance. Habida cuenta de la problemática que, desde una perspectiva económica y social, puede generar este tipo de servicios, deben adoptarse, por parte de la administración española, como así ha sido, medidas de protección que le permitan al afectado hacer frente a los abusos e irregularidades que la prestación de estos servicios conlleva.

En toda esta compleja materia, donde, como decimos, se suceden numerosos abusos para los consumidores y/o usuarios,¹⁰⁴ existe, en el caso concreto de España, además de la normativa general aplicable,¹⁰⁵ una amplia regulación especial.¹⁰⁶ Ello, naturalmente, no será óbice para que todos estos servicios estén sujetos al derecho (español) de consumo.¹⁰⁷ No obstante, por lo que a nuestros efectos interesa, prestaremos atención al código de conducta¹⁰⁸ aprobado en la

¹⁰⁴ No en vano, el 3 de agosto de 2001, la Organización de Consumidores y Usuarios —OCU— elevó una denuncia ante la Secretaría de Estado española de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en la que ponía de manifiesto los numerosos fraudes y situaciones de incumplimiento de la normativa reguladora de las líneas de tarificación adicional. Además, exigía la adopción de las medidas precisas para el cumplimiento de lo establecido en la resolución del 17 de diciembre de 1998.

¹⁰⁵ Deben tenerse en consideración las normas generales de defensa de los consumidores y usuarios, y de la contratación con condiciones generales, así como las normas generales de protección de los consumidores en el ámbito de las telecomunicaciones. Así, entre otras muchas, cabe destacar la LCGC; el Real Decreto español 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; la Ley española 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la LSSI-CE; la Ley española 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios; la LGT, y el TRILGDCU.

¹⁰⁶ Así, entre otras normas, cabe destacar la Orden española PRE/361/2002, de 14 de febrero, por la que se desarrolla, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, el título IV del Real Decreto español 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la LGT, y Orden española PRE/2410/2004, de 20 de julio, por la que se modifica la anterior.

¹⁰⁷ ARROYO JIMÉNEZ, L. y MENDOZA LOZANA, A. I. "Los usuarios de las telecomunicaciones", en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.) y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coord.). *Derecho de la regulación económica. Telecomunicaciones*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, vol. 4, p. 283.

¹⁰⁸ El código de conducta tiene carácter vinculante tanto para los prestadores de servicios de tarificación adicional como para los operadores de red. Además, se exige que este código tipo forme parte del contrato entre el operador de red y el prestador de servicios de tarificación adicional, conteniendo una declaración de aceptación y una sumi-

materia¹⁰⁹ que persigue incrementar la tutela del usuario de este tipo de prestaciones.¹¹⁰

Existen varios tipos de servicios de tarificación adicional que se diferencian por el número empleado para su prestación, cuya cuarta cifra alude tanto al tipo de servicio prestado como a su tarifa —apartados 2 y 5, así como anexo 1 del código de conducta—. A este respecto, debe advertirse que, a finales de 2008, la Secretaría de Estado española de Telecomunicaciones¹¹¹ atribuyó el prefijo telefónico 905 a la prestación de servicios de tarificación adicional, disciplinando dos cuestiones. Por un lado, los usos permitidos —entretenimiento, profesionales y televoto— y, por otro, según la cuarta cifra, el coste máximo permitido.

Como consecuencia de su elevado coste, de la relativa facilidad del sistema de acceso —que da lugar a que el usuario los utilice, en muchos casos, de manera inconsciente— y de su cierta prestación fraudulenta —con falsas promesas de regalos o premios—, los servicios de tarificación adicional han sido objeto de numerosas reclamaciones. Si bien en el código de conducta, al que hemos hecho alusión, se incluyeron diferentes medidas para tutelar al usuario de este tipo de servicios, se complementan con otras adicionales. En este sentido, cabe hacer mención, entre otras, de las siguientes: indicación de las condiciones de prestación de estos servicios, como, por ejemplo, la información y la duración —artículo 8 de la Orden española PRE/361/2002—; susceptibilidad de imponer sanciones en el supuesto de que acontezcan incumplimientos de los deberes a observar —artículo 7.2 de la Orden española PRE/361/2002—; reconocimiento del derecho del usuario a pedir la desconexión¹¹² de este tipo de servicios —artículo 4.2 de la Orden española PRE/361/2002—; prohibición de la suspensión o interrupción del servicio telefónico fundamentada en la negativa al pago de las llamadas a servicios de tarificación adicional —artículo 8.1 de la Orden española PRE/361/2002—; e imposición de la facturación independiente —artículo 8.3 de la Orden española PRE/361/2002—.

sión expresa a las disposiciones contenidas en dicho código de conducta. En caso de producirse un incumplimiento reiterado de dichas disposiciones, el operador está obligado a resolver el contrato.

¹⁰⁹ Fue aprobado en virtud de la Resolución española del 15 de septiembre de 2004, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

¹¹⁰ PENAFETA RODRÍGUEZ, J. *Comunicaciones electrónicas: derechos del usuario y gestión de reclamaciones*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 117.

¹¹¹ Se trata de la Resolución del 4 de diciembre de 2008 que, como determinan ARROYO JIMÉNEZ, L. y MENDOZA LOZANA, A. I. "Los usuarios de...", *op. cit.*, pp. 283 y 284, su aprobación coincidió en el tiempo con las denuncias efectuadas por ciertas asociaciones de consumidores. Las mismas denunciaron un fraude masivo debido a la facturación de miles de llamadas a concursos televisivos —905— que los usuarios manifestaron no haber realizado.

¹¹² Debe repararse que el artículo 3, inciso f, del Real Decreto español 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, alude al derecho a la desconexión de determinados servicios.

Sin perjuicio de las sanciones previstas en la legislación (española) de consumo,¹¹³ el incumplimiento por los prestadores de los servicios de tarificación adicional del código de conducta justifica la privación “con carácter inmediato” del número telefónico de tarificación adicional.¹¹⁴ La verificación del cumplimiento del articulado de tal documento estará a cargo de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional.¹¹⁵ No obstante, esta última no será competente para la resolución de disputas que impliquen perjuicios económicos para los usuarios que, de suscitarse, tendrán que plantearse ante los organismos de consumo, o bien ante los tribunales de justicia.

c) La tutela del menor de edad en el uso del teléfono móvil: medidas elaboradas por el sector en la materia

La edad en la que la población de los países desarrollados hace uso del teléfono móvil es progresivamente inferior.¹¹⁶ En efecto, es habitual, pues así lo pone de

¹¹³ Así, la LSSI-CE prevé la interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o la retirada de datos cuando un “determinado servicio” “atente o pueda atentar” contra los principios que la propia ley proclama, cual es, a nuestros efectos, “la protección de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios” (artículo 8.1, inciso b). Por otro lado, son varias las conductas que, en virtud del artículo 49 del TRLGDCU, podrían cometerse como consecuencia de la prestación de servicios de tarificación adicional. En este sentido, cabe, entre otras, referirse a: cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio (artículo 49.1, inciso d); el incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales (artículo 49.1, inciso e), e incumplimiento de las normas relativas a publicidad de bienes y servicios (artículo 49.1, inciso f).

¹¹⁴ En España se han planteado ciertas resoluciones judiciales en relación con el incumplimiento del código de conducta en el ámbito de los servicios de tarificación adicional. En este sentido, cabe, entre otras, referirse a: la sentencia de la Audiencia Provincial —SAP— de Madrid del 3 de febrero de 1998 (AC 1998/7080); sentencia del Juzgado de Primera Instancia —SJPI— de Madrid del 20 de julio de 2004 (AC 2004/1144); SAP de Madrid del 11 de octubre de 2004 (AC 2006/1103); SAP de Pontevedra del 30 de diciembre de 2004 (AC 2005/2042); SAP de Madrid del 14 de abril de 2005 (AC 2005/823); SAP de Navarra del 2 de mayo de 2005 (ARP 2005/477); SAP de Córdoba del 13 de julio de 2005 (AC 2005/1582); SAP de Granada del 14 de septiembre de 2006 (JUR 2007/129540); STSJ de Madrid del 25 de abril de 2007 (JUR 2007/333375); SAP de La Coruña del 15 de octubre de 2007 (JUR 2008/33816); SAN del 8 de julio de 2008 (JUR 2008/259978); SAP de Madrid del 10 de julio de 2008 (JUR 2008/291854); sentencia del Tribunal Supremo —STS— del 2 de junio de 2010 (RJ 2010/5471), y sentencia de la Audiencia Nacional —SAN— del 27 de septiembre de 2010 (JUR 2011/33405).

¹¹⁵ La Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional representa un órgano administrativo, colegiado e interministerial, dependiente del competente en materia de telecomunicaciones, creado para controlar la actividad de los prestadores de servicios de tarificación adicional. Para ello, ostenta dos potestades fundamentales: por un lado, la primera le permite la elaboración de códigos de conducta reguladores de la actividad y, por otro, la segunda le da la posibilidad de retirar las numeraciones que incumplan tales códigos, si bien esta segunda potestad administrativa ha sido recortada por la reforma de 2004 de la Orden española PRE/361/2002, de 14 de febrero. En efecto, en la actualidad, es ejercida por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en todos los casos, y la Comisión de Supervisión se limita a realizar la instrucción del expediente previo mediante un procedimiento cuya propuesta de resolución se denomina informe.

¹¹⁶ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. “Uso de los servicios móviles por los menores españoles”, en *El consultor de los ayunta-*

manifiesto la realidad, que los menores y adolescentes posean un teléfono móvil cuyas prestaciones son, en muchos casos, muy numerosas.¹¹⁷ Además de las opciones técnicas que, de serie, pueda incluir el propio terminal, cabe la posibilidad de que el menor de edad estime interesante contratar servicios adicionales ofrecidos por los operadores de red —propia o virtual— a través de la marca en sí, o bien por determinados proveedores con los que el operador de red —propia o virtual— ha suscrito el correspondiente acuerdo comercial. Los servicios que, en este sentido, podrá suscribir son realmente amplios, pues van desde la simple descarga de imágenes, melodías, música, videojuegos, películas, hasta otras no tan frecuentes como la realización electrónica de apuestas u otras adicionales.

Los servicios a los que hemos aludido no siempre son adecuados para todos los públicos (piénsese, en este sentido, en imágenes, películas y/o videojuegos de alto contenido erótico, obsceno o violento, por poner un ejemplo cualquiera), por lo que de ser contratados —y, en consecuencia, visionados— por los menores de edad pueden sufrirse ciertos perjuicios para su futuro desarrollo mental.¹¹⁸ Para evitar tan indeseable efecto, los operadores móviles con más implantación a nivel español —sin perjuicio de que pueden adherirse los restantes— decidieron aunar esfuerzos y suscribir un código de conducta con la finalidad de fomentar un uso responsable por parte de los menores de edad de los mencionados servicios de contenidos de comunicaciones móviles.¹¹⁹

mientos y de los juzgados, No. 12, 2010; DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. "Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles", en *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, No. 15, 2010.

¹¹⁷ De hecho, como pone de manifiesto la doctrina, los menores conciben el teléfono móvil como un instrumento de diversión. En este sentido, entre otros, KERCKHOVE, A. D. "Building Brand Dialogue with Mobile Marketing", en *International Journal of Advertising & Marketing to Children*, vol. 3, No. 4, 2002, pp. 37-42.

¹¹⁸ Este fue, precisamente, el motivo por el que se planteó una reclamación ante el Jurado de Autocontrol de la Publicidad. Se trata de la resolución del 15 de enero de 2008, caso Autocontrol (SEISI) vs. Luk Internacional ("Shin Chan"). La publicidad analizada consistía en un anuncio televisivo que promocionaba la contratación de un juego apto para teléfonos móviles, previa descarga de éste a través del terminal. Tal publicidad mostraba imágenes del personaje protagonista de la serie de dibujos animados —también emitida en televisión— titulada "Shin Chan", en las que aparecía de espaldas con los pantalones bajados, mostrando las nalgas, mientras que a su lado, y de cara al telespectador, figuraba su madre, vestida con equipamiento de esquí. El jurado consideró que esa publicidad debía ser analizada desde una perspectiva deontológica y habida cuenta de los destinatarios de la misma, a la luz del principio de protección de los menores consagrado en la norma 28 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, así como, en cuanto a su contenido, a la luz del principio de veracidad recogido en la norma 14 de ese mismo Código. Tras el análisis del anuncio, el jurado concluyó que no podía considerarse de la suficiente gravedad como para poder provocar un perjuicio moral a los menores telespectadores. En consecuencia, concluyó que dichas imágenes no contravenían precepto legal o deontológico alguno. Tampoco consideró que se vulneraba el principio de veracidad.

¹¹⁹ Cabe referirse a las experiencias pioneras efectuadas, en este sentido, en otros países de la Unión Europea en el ámbito que analizamos. En este sentido, en enero de 2004, ciertos operadores móviles (O2, T-Mobile, Virgin Mobile, Vodafone y 3) aprobaron el *Mobile Operator Code of Practice for the Self-Regulation for New Forms of Content on Mobiles*. Los operadores más relevantes firmaron dicho documento para facilitar un uso responsable de los servicios móviles con el objetivo de proteger a los menores frente a los contenidos nocivos. Tal código cubre determinados tipos de contenido —incluyendo aquellos de contenido visual, juego en la red, juegos de móvil, chats y acceso a

La iniciativa que examinaremos es fruto del acuerdo marco firmado en febrero de 2007 entre las asociaciones de operadores móviles europeos y la Comisión Europea para incrementar las medidas de protección a los menores de edad en su acceso a contenidos a través del teléfono móvil.¹²⁰ Los operadores signatarios, con la adopción del código de conducta, se comprometieron a cumplir con dos obligaciones. Por un lado, instaurar mecanismos de control de acceso a determinados tipos de contenidos y, por otro, establecer filtros que impidan el acceso a contenidos potencialmente nocivos.

La adopción del código de conducta del que nos ocupamos presenta una extraordinaria importancia, esencialmente por la especial vulnerabilidad del colectivo —los menores de edad— al que va dirigido.¹²¹ Aunque la aprobación del mismo tiene lugar en un momento vital —julio de 2008—, debería haber llegado bastante antes. El riesgo que la contratación de determinados servicios ofrecidos para el teléfono móvil puede conllevar para el desarrollo de los menores de edad, demandaba una regulación que, de momento, no ha cubierto el legislador español. Este último sólo ha aprobado una normativa que protege al menor frente a los supuestos que, a tenor de la propia legislación, puedan considerarse ilícitos, pero no, en cambio, frente a los que puedan considerarse nocivos para el futuro desarrollo de la personalidad del menor.

El código deontológico consta, de un lado, del código de conducta en sí y, de otro, del anexo al mismo relativo a la clasificación de contenidos.¹²² En cuanto al objetivo del código ético, cabe decir que es unificar un elenco de prácticas dirigidas a potenciar un uso responsable de los nuevos servicios y contenidos

Internet—. Cumpliendo las previsiones de tal documento, los operadores de telefonía móvil en el Reino Unido aprobaron, en febrero de 2005, el *Independent Mobile Classification Body* (IMCB). Este último es el encargado de desarrollar el marco de clasificación de contenidos provistos vía móvil, señalando con base en qué criterios los proveedores deben decidir qué contenidos no son recomendados para menores de dieciocho años. Junto al desarrollo de tales estándares, IMCB tiene el encargo de solventar las disputas que se susciten entre proveedores y usuarios respecto con la clasificación de contenido. Por otra parte, en Estonia, desde junio de 2010, existe el *Estonian Code of Conduct for Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children*.

¹²⁰ En abril de 2009, dos años después de la firma del marco europeo para una utilización más segura de los teléfonos móviles por los adolescentes y los niños —*European Framework for safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children*—, GSM Europa ha publicado un informe de implementación. Los resultados del estudio revelan que el marco ha sido trasladado a códigos de conducta en 22 países miembros de la Unión Europea. Todo puede verse en www.gjpuzkoagazteria.net/gestor/nodos/nodo_dok_din/3_PwC_Implementation_Report21052009.pdf.

¹²¹ Sobre esta materia, con carácter general, DE MIGUEL MOLINA, M. "Contenido de los códigos de conducta para el marketing móvil dirigido a menores de edad", en COTINO HUESO, L. (coord.). *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 347-366.

¹²² La fecha de aprobación de ambos textos difiere. En efecto, el código de conducta fue rubricado por los operadores móviles con red el 12 de diciembre de 2007, mientras que el anexo al mismo data del 21 de julio de 2008. El plazo de tiempo que media entre cada uno de los documentos, como puede apreciarse, es de más de siete meses. En todo caso, tanto la redacción del código de conducta en sí, como del anexo, están dentro del plazo establecido para la entrada en funcionamiento del mismo: nueve meses desde su firma.

móviles por parte de los menores de edad¹²³ que, como es sabido, es uno de los segmentos de la población más vulnerable. Un dato en el que conviene incidir viene determinado por el hecho de que las normas contenidas en el código están dirigidas a los menores de edad, en el sentido más amplio de la expresión, o a personas que no han cumplido los 18 años de edad.

Desde la perspectiva del sujeto que presta los servicios (empresario), es aplicable tanto cuando el operador proporciona los servicios directamente —bajo su propia marca—, o bien a través de ciertos proveedores con los que haya suscrito el correspondiente acuerdo comercial. No obstante, existen dos tipos de contenidos a los que el código de conducta no resulta aplicable. Son, por un lado, los accesibles a través de Internet. De hecho, para los contenidos presentes en la red existen códigos de conducta específicos.¹²⁴ Por otro lado, el código que examinamos tampoco es aplicable a los contenidos que puedan intercambiarse a través de dispositivos que posibiliten las comunicaciones persona a persona (*bluetooth*, infrarrojos, etcétera). El intercambio de tales archivos es difícilmente controlable por parte de los operadores móviles, ya que tiene lugar a través de tecnologías que no emplean, en modo alguno, la red de cobertura ofrecida por el operador.

Los contenidos del código de conducta se revisarán y, en su caso, actualizarán periódicamente con dos finalidades. Por un lado, para verificar que se continúa cumpliendo con los objetivos establecidos en el momento de su redacción y, por otro, para incorporar las mejores prácticas seguidas sobre el particular en el ámbito de los países de nuestro entorno.

Es realmente significativo que las obligaciones establecidas en el código deontológico tienen carácter de mínimos. Tal extremo supone que podrán ser mejoradas, a favor del menor de edad, por cada uno de los operadores firmantes del documento en cuanto a las posibles medidas de protección frente a determinados servicios ofrecidos a través del teléfono móvil. Lo que, sin embargo, no es admisible es una rebaja de los deberes inicialmente asumidos.

A través de su articulado, los operadores acuerdan ciertas medidas como el control del acceso a los contenidos destinados a adultos, campañas de concienciación para padres/tutores, así como campañas de clasificación de contenidos.

Aunque el código de conducta aprobado para la protección de los menores de edad merece una estimación ciertamente favorable, puede ser, asimismo, objeto de ciertas críticas que, a continuación, enunciaremos.

¹²³ El articulado del código ético resulta aplicable, desde el punto de vista del usuario, a todo el segmento de población menor de edad que tenga una línea de telefonía móvil con cualquiera de los operadores móviles con red que suscriben el documento deontológico, con independencia de que sean clientes de tarjeta prepago o de pospago —contrato—.

¹²⁴ En este sentido, en el caso de España, AENOR, Agace, Confianza Online, E-Confía, E-Web, Iqua y Óptima Web.

En primer término, el documento que examinamos es fruto del acuerdo exclusivo de empresarios —de los propios operadores de red de telefonía móvil y de los proveedores de acceso a determinados servicios con los que aquéllos hayan suscrito el oportuno contrato comercial—, pues, entre otros aspectos, no existen otros colectivos (como, por ejemplo, las asociaciones de consumidores y/o usuarios o las de defensa de los menores de edad o discapacitados psíquicos) que hayan participado en la confección del texto. Tal opción conlleva ciertos riesgos, ya que, al no estar todas las partes convenientemente representadas, no se protegerán, de la manera que sería deseable, los intereses de todas ellas. Resulta difícil creer que un sistema de autorregulación puro, como el que examinamos —en el que no intervienen otros colectivos diversos al empresarial—, se constituya para proteger, de manera integral, a los consumidores y el interés general. Únicamente los sistemas de autorregulación que equilibren los intereses económicos que concurren en el mercado serán creíbles como mecanismos eficaces para regular y controlar los servicios específicos a través de teléfono móvil.

En segundo lugar, en línea con la crítica enunciada, nos encontramos ante un texto que únicamente ha sido redactado —y suscrito— por determinados operadores móviles españoles (Telefónica, Vodafone, Orange y Yoigo), que son los denominados operadores móviles con red¹²⁵ (OMR) que actúan en el citado sector en España. No obstante, todo hay que decirlo, coexisten con los denominados operadores móviles virtuales (OMV), que son aquellas compañías de telefonía móvil que, dado que carecen de una concesión de espectro de frecuencia (y, por consiguiente, no poseen una red propia de radio) para prestar el correspondiente servicio de telefonía móvil, han de recurrir a la cobertura de red de otra empresa que sí que posee red propia (que son las que hemos denominado OMR), con las cuales deben suscribir el correspondiente acuerdo. En otras palabras, además de los OMR, en el escenario de la telefonía móvil existen los OMV, que para prestar el servicio comercial para el que han sido diseñados deben formalizar un acuerdo con el OMR que, como su nombre indica, tiene red propia.

Entendemos que para la plena eficacia del código de conducta hubiera resultado muy plausible que el mismo hubiera contado con la aquiescencia inicial de todos los operadores con red y virtuales (que pueden ser clasificados en completos¹²⁶ y revendedores)¹²⁷ que, en ese preciso escenario temporal, existían en

¹²⁵ El porcentaje de líneas personales de las que cada OMR dispone es ciertamente dispar. Así, según la CMT (2009), en cuanto al reparto del mercado español, en febrero de 2009, Movistar ostentaba el 44,25%, Vodafone el 31,35%, Orange el 20,51% y Yoigo el 1,91%.

¹²⁶ Dentro de este primer grupo existen operadores con red Movistar —Fonyou.com y FlipaMóvil—, con red Vodafone —Eustatel, R, Telecable y British Telecom— y con red Orange —Simyo, Jazztel Móvil y Kuile Mobile—.

¹²⁷ Existen revendedores, según el operador con el que hayan suscrito el acuerdo, con red Movistar —Sweno (perteneciente al Corte Inglés)—, con red Vodafone —Lebara, Eroski Móvil, PepePhone (Grupo Globalía), Hitts Mobile

España. De este modo, insistimos, las buenas prácticas contenidas en el código hubieran alcanzado a todo el colectivo al que el mismo resulta aplicable. En cualquier caso, los operadores virtuales (cuyo número aproximadamente es de una treintena), cuando lo estimen oportuno, tienen la posibilidad de suscribir el código de conducta. Es cierto que tales operadores, de momento, cuentan con un porcentaje muy reducido del número de líneas de teléfono móvil actualmente existentes.¹²⁸

En tercer término, nos encontramos ante un código de conducta que, aunque cuenta con un organismo de control, cual es la comisión de seguimiento,¹²⁹ tal órgano carece de capacidad sancionadora. La labor que el citado órgano está llamado a desempeñar, en el marco de los sistemas de autorregulación ideados en materia comercial en general, es realmente significativa. En efecto, por un lado, afianza la credibilidad en el sistema de autorregulación en el que se inscriba y, por otro, mediante su actuación garantiza la imparcialidad del mismo. No obstante, resulta criticable que el órgano de control instaurado por el sistema de autodisciplina que examinamos —la comisión de seguimiento— esté constituido por miembros de los propios operadores por la posible parcialidad en la que podría incurrir al resolver las controversias de las que pudiera conocer. En otras palabras, si la industria vinculada a la telefonía móvil crea un sistema formado por los propios operadores, en el cual, además de elaborarse las normas éticas que regirán una determinada materia (en nuestro caso la protección de los menores frente a determinados servicios de telefonía móvil), también se juzguen las conductas comerciales de sus miembros, tal sistema de autorregulación podría, con fundamento para ello, ser tachado de parcial. En efecto, el sistema de autorregulación sería, con carácter simultáneo, juez y parte.

En cuarto lugar, cabe señalar que el articulado del código de conducta únicamente protege a los menores de edad de determinados tipos de contenidos

(antiguo Nukkii-Metrored Móvil), Ventaja Móvil (British Telecom)— y con red Orange —Carrefour Móvil (Carrefour), Día Móvil (Carrefour-Día), Happy Móvil (The Phone House), Cable Móvil (The Phone House), Másmovil, Bankinter (E-Plus- KPN), Euphony (E-Plus - KPN), Talkout (E-Plus - KPN - Euphony), MundiMóvil (E-Plus - KPN - Uno Telecom), XL Móvil (E-Plus - KPN - Cope), Blau (E-Plus - KPN), Habla fácil (E-Plus - KPN - Banco Santander) y Hong Da (E-Plus - KPN)—.

¹²⁸ En efecto, según la CMT (2009), tienen 1.98% del total de líneas existentes. Sin embargo, nada impide que tal porcentaje aumente en un futuro próximo, pues, como es sabido, son, por un lado, relativamente habituales las migraciones de número de teléfono móvil de un operador a otro. Por otro, según las ofertas comerciales imperantes en un preciso momento, determinados operadores pueden sufrir un incremento relevante de la cifra de clientes prepago y postpago que inicialmente desean contratar sus servicios. Dentro de los potenciales clientes debemos estimar que naturalmente se encuentra el colectivo de los menores de edad.

¹²⁹ Tal ente, que inicialmente estará constituido por un total de ocho miembros (dos de cada operador), se reunirá de manera ordinaria cada tres meses, y extraordinaria a petición de cualquier operador. Sus funciones pueden reducirse a las cuatro siguientes: *a)* control y seguimiento del cumplimiento del código de conducta; *b)* valoración sobre la incorporación de nuevos operadores; *c)* interpretación del contenido del código de conducta, y *d)* elaboración de un informe anual sobre la implantación del código de conducta en el que, si procede, podrá proponer modificaciones.

susceptibles de causar un perjuicio a los mismos, sin que dentro de tal elenco se incluyan todos los potencialmente nocivos. En efecto, con el fin de instaurar mecanismos de protección al efecto, sólo se tienen en consideración, entre otros, contenidos de carácter erótico, sin que se establezcan elementos de protección frente a contenidos violentos, agresivos, xenófobos, o cualquier otro que pueda estimarse inapropiado para los menores, destinatarios, en definitiva, del servicio. Tal apreciación no parece desmedida, pues, en numerosas ocasiones, películas, videojuegos e imágenes pueden presentar un contenido susceptible de ser conceptualizado como los descritos.

El articulado del código ético, como decimos, no incluye medidas que, de manera específica, protejan al menor frente a contenidos que puedan resultar perjudiciales —con la excepción de los que puedan merecer la calificación de eróticos— para el futuro desarrollo mental, o que puedan explotar su credulidad, falta de experiencia o puedan suponer una invasión de la privacidad. Asimismo, no contiene previsiones que reaccionen, de forma contundente, frente a campañas de publicidad que animen, directa o indirectamente, frente a un uso excesivo de determinados contenidos —así, por ejemplo, cabe referirse a servicios de tarificación adicional y actividades que promuevan un consumo compulsivo de productos o un uso abusivo de servicios—.

Finalmente, resulta llamativo que los discapacitados psíquicos no sean destinatarios de las medidas de protección incluidas en el código deontológico. Tal colectivo es merecedor de ciertas medidas de amparo en el uso de determinados servicios, en los que debe considerarse incluido el teléfono móvil.

4. Conclusiones

Uno de los aspectos más interesantes que los contratos celebrados con consumidores presentan es, precisamente, el relativo a su periodo precontractual, es decir, todas aquellas actividades que se desarrollan entre las partes antes de que se otorgue el consentimiento para la perfección del contrato. En este instante, es relativamente habitual que el consumidor y/o usuario tenga conocimiento de las características esenciales del bien y/o servicio que puede interesarle, del que puede estar informado en virtud de la publicidad recibida —tanto a través de canales tradicionales como virtuales—.

Las actividades de marketing a través de dispositivos móviles tienen un amplio potencial para la personalización, debido a que sus herramientas de transmisión usualmente cuentan con una identidad asignada al usuario. En virtud

de este último factor, resulta posible llegar a los usuarios para establecer una comunicación de carácter individual.

Los medios móviles permiten dos formas diversas de recibir comunicaciones electrónicas de carácter publicitario. Así, por un lado, la que podría calificarse, en cierto sentido, de tradicional, que tiene lugar al visionar un determinado sitio Web o consultar la bandeja de entrada del correo electrónico, y, por otro, en el caso de los teléfonos móviles o de dispositivos dotados con tecnología *bluetooth*, se podrán recibir mensajes breves de texto –SMS– y/o mensajes que incluyan imágenes y/o videos –MMS o sistema de mensajería multimedia–. Ahora bien, aunque ambas modalidades son susceptibles de análisis individualizado, en numerosas ocasiones –cada vez en mayor medida– tienden a una cierta convergencia. En efecto, las comunicaciones recibidas, a través de estos dos canales, *bluetooth* y la red de telecomunicaciones, habitualmente incluyen enlaces a sitios Web para ampliar la breve información –condicionada por el número máximo de caracteres– remitida al destinatario. De hecho, gran parte de los dispositivos móviles cuenta entre sus prestaciones con la posibilidad de conectarse a Internet a través de *wifi*.

Los titulares de líneas de telefonía móvil pueden ser destinatarios de un elenco de prácticas, en numerosas ocasiones no deseadas, que, a su vez, conllevan cierto grado de malestar. Tales indeseables actuaciones son objeto de sanción a través de la normativa legal española vigente, si bien se ve complementada por las medidas derivadas de la autorregulación. Cabe determinar la división de esta tipología de comunicaciones comerciales recibidas a los terminales móviles en dos grandes bloques. En primer lugar, las que se reciben como mensaje, y en segundo lugar, aquellas otras que toman la forma de llamadas. ■