

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Ángel García Vidal

*Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

En el presente documento se analiza la reciente reforma de la Ley de comercio electrónico (Ley 34/2002) operada por el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

1. Preliminar

El 31 de marzo se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

Entre las novedades introducidas por este Real Decreto-ley se encuentra la modificación, mediante el art. 4 del Real decreto-ley, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, para adaptarla a la nueva redacción dada, por la Directiva 2009/136/CE, a la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Se exponen a continuación los cambios introducidos.

2. La identificación de las comunicaciones comerciales

El artículo 20 de la Ley de comercio electrónico (LCE) establece la obligatoriedad de que las comunicaciones comerciales que se realizan por vía electrónica sean claramente identificables como tal. En realidad esta obligación no es más que una manifestación más del principio general que obliga a que el emisor de un mensaje publicitario lo identifique como tal.

No se olvide que según el anexo de la LCE, "comunicación comercial" en el sentido de la LCE es "toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional". Es decir, se trata de una comunicación publicitaria. Y a estos efectos, tras la reforma de la LCD operada por la Ley 29/2009 el art. 26 LCD dispone que "se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el

empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario". De este modo, se ha dado carta de naturaleza expresa a los supuestos de publicidad encubierta, publicidad encubierta que también siguen teniendo encaje en el acto de competencia desleal del art. 5 LCD, al que remite el art. 3 LGP y que sanciona, con carácter general, los actos de engaño.

Este principio general de identificabilidad del carácter publicitario de un mensaje se manifiesta en la LCE, en la obligación de incluirán al comienzo del mensaje la palabra *publicidad* o la abreviatura *publi*, cuando la comunicación se realiza por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente.

Pues bien, se añade ahora un nuevo apartado 4 al artículo 20 LCE en virtud del cual no sólo hay que identificar el carácter publicitario del mensaje, sino también indicar la identidad de la persona por cuenta de la que se haga la comunicación. Se dispone en concreto que queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación así como aquéllas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en este artículo.

De igual modo, también se prohíbe expresamente, no sólo las comunicaciones comerciales que contravengan las exigencias de la LCE en materia de ofertas promocionales, sino también aquéllas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto por dicha Ley.

3. Cambios en la regulación del spam

Otra de las modificaciones introducidas en la LCE se refiere al envío de correo basura o spam (comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios). Como es sabido, el artículo 21 LCE establece la prohibición de este tipo de comunicaciones publicitarias, salvo en los casos en los que, existiendo una relación contractual previa, 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 relación con este supuesto excepcional de admisión del spam, la LCE obliga a que se le ofrezca 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. Pues bien, la reforma que ahora se realiza consiste en añadir una nueva disposición (en el art. 21.1 LCE), según la cual "cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección". Como es evidente, de este modo se trata de favorecer y facilitar la posibilidad de que los destinatarios puedan oponerse a recibir el spam.

De la misma forma, y para facilitar que aquellas personas que hubieran manifestado su autorización a la recepción de comunicaciones comerciales puedan

cambiar de opinión, se modifica el artículo 22 de la LCE. En efecto, la LCE ya recogía (tras la modificación de 2003), la posibilidad de que el destinatario revoque en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. Y a tal efecto, ya se recogía el deber de los prestadores de servicios de la sociedad de la información de habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Pues bien, se añade ahora una nueva disposición según la cual “cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

4. La regulación de las *cookies*

Otro campo importantísimo al que se refiere la reforma de la Ley de comercio electrónico tiene que ver con las denominadas *cookies*. Como es sabido, por medio de las *cookies*, un servidor de Internet envía un pequeño archivo al ordenador desde el que se accede al servidor, de modo que se permita un seguimiento de los hábitos del usuario de dicho ordenador, no tener que reiterar claves al acceder de nuevo, etc.

Hasta ahora, la Ley de comercio electrónico disponía que cuando se empleasen cookies o dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, debía informarse a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

No obstante, ahora se incrementan los controles. Ya no se trata, simplemente, de informar y conceder la posibilidad de oponerse. Ahora se exige el consentimiento previo. En efecto, según el nuevo artículo 22.2 LCE: “Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

Ahora bien, la nueva disposición de la LCE prevé un medio fácil y sencillo de prestar dicho consentimiento, al preceptuar que “cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, siempre que aquél deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto”.

Nótese en todo caso que es precisa una acción expresa del usuario, configurando su navegador. Esto puede suscitar algunos interrogantes. Cabe preguntarse, por ejemplo, si el hecho de que un usuario de Internet haya configurado su explorador de tal modo que permita en todo caso las cookies bastaría para entender prestado su consentimiento o si, por el contrario, es preciso que realice alguna acción específica en relación con cada una de las páginas web que visita y que pretenden usar cookies. En mi opinión, debe tenerse en cuenta que es imprescindible informar previamente al usuario, de conformidad con la Ley

orgánica de protección de datos. Sólo después de recibir expresamente esa información podría entenderse que si el usuario continúa navegando (con su navegador configurado para aceptar cookies) ha prestado su consentimiento.

En todo caso, tras esta reforma la LCE sigue disponiendo que la regulación sobre las *cookies* no impide el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario.

5. La legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación

Finalmente, también se modifica la regulación de la legitimación activa para entablar la acción de cesación. En efecto, la LCE dispone que podrá interponerse una acción de cesación contra las conductas contrarias a dicha Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores (acción de cesación que se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la LCE y a prohibir su reiteración futura, o que prohíba la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si

existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente).

El art. 31 LCE ha venido reconociendo la legitimación para entablar esta acción a las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo, los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y condiciones previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las asociaciones de consumidores y usuarios, al Ministerio Fiscal, al Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores y a las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores que estén habilitadas ante la Comisión Europea.

Pues bien, el Real decreto-Ley ahora analizado introduce una nueva previsión en la letra a) del artículo 31 de la LCE para disponer que están legitimados para interponer la acción de cesación las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo, incluidas aquellas que pudieran verse perjudicadas por infracciones de las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 22, entre ellas, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que deseen proteger sus intereses comerciales legítimos o los intereses de sus clientes.