

ESCOBAR MORA, C.: *El deber de comunicación en la publicidad digital empresarial*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2019.



Hasta hace relativamente poco tiempo, las empresas promocionaban sus bienes y/o servicios en virtud de medios físicos decimonónicos o tradicionales. En este sentido, se recurría, entre otros, a: folletos; tarjetas de visita; anuncios televisivos, radiofónicos y prensa escrita. La irrupción de Internet ha sido disruptiva, pues ha modificado los canales a los que los prestadores de servicios recurrían. Así, a título de ejemplo, emplean banners, enlaces patrocinados, redes sociales en un sentido amplio (Twitter, Facebook e Instagram) y el correo electrónico. Ahora bien, cada vez la publicidad está más segmentada y personalizada con la finalidad de lograr el éxito de las campañas comerciales. Se trata, en definitiva, de lo que ha

dado en llamarse publicidad comportamental. Al tener en cuenta los gustos de los consumidores el triunfo de las campañas es muy elevado.

El autor de la obra es Camilo Alfonso Escobar Mora que es abogado, Máster en Derecho y Tecnologías de la Información y en Derecho de las Telecomunicaciones. Asimismo, es Máster (LL.M.) en Derecho Comercial y Doctor (Ph.D.) en Derecho. Una de sus líneas de investigación es la que se aborda en el presente libro que no es sino el análisis jurídico de la publicidad digital.

En la contratación a distancia –y, dentro de la misma, la contratación electrónica y la publicidad virtual-, el consumidor padece un déficit de información, ya que únicamente tiene conocimiento de los bienes y/o servicios ofertados a través de la presentación comercial que de los mismos hace el empresario o profesional en virtud de catálogos, imágenes televisivas o sitios Web. Puede sufrir un déficit de información, en la medida de que la oferta le llega fuera de los canales habituales de contratación. Por ello, se habla de una relación contractual asimétrica, en la que los consentimientos de ambas partes -empresario o profesional y consumidor o usuario- no son, en modo alguno, homologables. El deber de información encuentra su fundamento en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, desequilibrio que se acentúa en materia de consumo. Por ello, la información es el principal instrumento con que cuentan los consumidores para hacer frente a las técnicas agresivas del comercio moderno. El deber que se examina –de información-, que no puede concebirse en términos absolutos, encierra dos aspectos básicos: uno, negativo –consistente en abstenerse de dar información errónea- y otro positivo –el de transmitir toda la información exigible-. Se podrá demandar aquella información que sea necesaria para el receptor de la misma al efecto de la formación adecuada de su consentimiento contractual.

Escobar Mora analiza, de manera sencilla pero rigurosa, uno de las cuestiones más complejas de abordar en relación al derecho de consumo cual es la validez jurídica de la publicidad en el ámbito digital. Una de las cuestiones que subyace en la presente obra, es la pregunta que formula el autor de si resulta suficiente con que el empresario presente simplemente la información o bien debe dar un paso al respecto y, en consecuencia, sería conveniente que el consumidor la recepcione y la comprenda. A juicio del autor, con buen criterio, debe potenciarse la segunda alternativa. Compartimos la idea que debe recurrirse a un lenguaje sencillo, sin tecnicismos o términos ambiguos, que no omita información relevante, obvie el engaño y el error debilerado, recurriendo, en todo caso, al deber de diligencia profesional. A este respecto, resulta positivo que el prestador de servicios ponga a disposición de los destinatarios canales para resolver las potenciales dudas que se puedan plantear. A juicio de Escobar, debe imperar el principio de confianza que debe tener el consumidor y/o usuario en el mercado, así como el de solidaridad

que debe darse en ambos extremos. Este último (principio de solidaridad), es una manifestación del deber de diligencia. No se deben desconocer los derechos de los demás. En palabras del autor de la monografía “el goce de un derecho depende del cumplimiento de un deber”.

Durante la negociación del contrato –por lo que se refiere al suministro de información-, lo que existe no es un deber de prestación, sino que se aproximaría a lo que podría denominarse deber de protección, es decir, un imperativo de respetar determinados intereses jurídicos protegidos, como la libertad contractual o de decisión.

Desde el punto de vista sistemático, la obra presenta dos grandes capítulos. En el primero de ellos, se aborda el deber de comunicación en relación al derecho preventivo del consumo en la publicidad digital. Se analiza la validez jurídica de la publicidad desde el punto de vista de la eficacia y la seguridad jurídica. El autor lista cuatro etapas que, a su modo de ver, debe presentar la publicidad digital, a saber: la creación de la pieza publicitaria; el funcionamiento de la publicidad; la comunicación de la publicidad; y, finalmente, la atención de la publicidad. Escobar determina que el deber de comunicación ha de entenderse cumplido en el caso de que tanto para cada una de las fases mencionadas como para la publicidad considerada en su conjunto -que es la unión de todas las etapas- coincide con el deber ser jurídico.

Los deberes precontractuales de operar cierta información representan una sugerente manifestación del suministro de información como instrumento apto para proteger a la parte más débil en una determinada relación contractual caracterizada por la concurrencia de determinadas asimetrías informativas. Por informar puede considerarse dar noticia de una determinada cosa o de ciertas circunstancias. En otros términos, es instruir o prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e, incluso, de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber esencialmente se limita a lo que sea relevante y suficiente respecto a la adopción de una decisión. Así, si no se entrega esta información o, por el contrario, se hace, pero omitiendo contenido fundamental, estamos ante un caso de incumplimiento de los deberes emanados de la buena fe y, por tanto, habría lugar a reparar el eventual daño producido. Uno de los ámbitos en los que precisamente inciden los instrumentos derivados de la autorregulación es el precontractual.

Por su parte, el capítulo segundo se refiere a la subjetividad de los mensajes que han de observar unos estándares mínimos para alcanzar la objetividad que sería preceptiva para la validez jurídica de los mismos. El mensaje que se busque transmitir debe ser suficiente y completo. En relación a este último carácter, debe advertirse que el mismo incluye la objetividad. Asimismo, a juicio del autor, debe

tenerse en cuenta el criterio de necesidad. En virtud de este último, se incluye el análisis de validez jurídico en el caso concreto.

Los consumidores y/o usuarios, como seres humanos que son, presentan una multiplicidad de emociones que, en muchas más ocasiones de las deseables, influyen y determinan su comportamiento. Por ello, puede afirmarse que no siempre actúan de manera racional. En el supuesto de que la empresa no comunique sus mensajes emotivos, de manera válida, se afecta al consentimiento del potencial destinatario. En palabras del autor “las emociones alteran el libre albedrío y, en consecuencia, el principio de la autonomía de la voluntad”.

Como señala el autor, lo esperable es que, desde el plano jurídico, se actúe, por parte del prestador de servicios, de forma diligente. En efecto, la empresa debe comunicar su publicidad atendiendo al perfil jurídico de cada destinatario que la recepcione válidamente. Si bien no se señala, de manera expresa, en el contenido de la obra que es objeto de reseña, sí que parece recomendable que el empresario conozca las condiciones de índole socio cultural de sus potenciales destinatarios. A tal fin, debería observar un lenguaje fácilmente comprensible, para que no haya lugar a falsas interpretaciones, incidiendo, de manera directa, en la validez jurídica del mensaje.

En sede de conclusiones, se aborda la validez, la eficacia y la la seguridad jurídica que plantea el deber de comunicación respecto a la publicidad digital. Como dispone el autor, el prestador de servicios debe comunicar al destinatario su publicidad, de manera que esa comunicación coincida con su deber ser jurídico. No debe reputarse que la comunicación válida jurídicamente es cualquier manera de comunicación. Debe considerarse tal aquella que transmite los mensajes exigidos o pretendidos en el deber o deberes jurídicos que resulten aplicables al supuesto concreto. En el caso de la contratación electrónica –dentro de lo que debe incluirse la publicidad en un sentido amplio–, la confianza del consumidor parece un requisito, previo e imprescindible, para el pleno desarrollo del comercio electrónico, por lo que resulta básico garantizar que el nivel de protección de sus intereses en el entorno telemático será, como mínimo, equivalente al existente en el mundo físico. Los deberes de información en la fase precontractual contribuyen, qué duda cabe, a tal fin.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School