

**RESTRICCIONES NACIONALES A LA PUBLICIDAD
EN INTERNET Y DERECHO DE LA UNIÓN**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

La Ley Unión Europea,

Número 49, 30 de junio de 2017, pp. 1-6

ISSN 2255-551X

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>

Restricciones nacionales a la publicidad en Internet y Derecho de la Unión *

Pedro Alberto De Miguel Asensio
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: El Derecho de la Unión limita de manera muy notable la posibilidad de los Estados miembros de establecer restricciones de amplio alcance a la publicidad a través de Internet, incluso cuando se trata de normas relativas a la publicidad de determinadas categorías de productos o servicios cuya publicidad no ha sido objeto de armonización. Junto a las libertades de circulación, en particular las relativas a servicios y mercancías, las Directivas sobre prácticas comerciales desleales y sobre comercio electrónico presentan especial importancia para valorar la situación.

PALABRAS CLAVE: publicidad, comercio electrónico, protección de la salud, profesiones reguladas

ABSTRACT: European Union law imposes significant limits to the ability of Member States to establish broad prohibitions to online advertising even concerning rules on specific services or products which have not been subject to harmonization. Along with the basic freedoms, particularly those concerning services and goods, the Directive on unfair commercial practices and the Directive on electronic commerce deserve particular attention in this regard.

KEYWORDS: advertising, electronic commerce, protection of public health, regulated professions

I. Planteamiento

El notable desarrollo de la armonización legislativa en el seno de la Unión en materia de publicidad no ha impedido que entre los ordenamientos de los Estados miembros continúen existiendo diferencias muy significativas en lo relativo a las restricciones a la publicidad de determinadas categorías de productos y servicios. Esta disparidad en el marco normativo reviste especial importancia en relación con el comercio electrónico y las comunicaciones comerciales llevadas a cabo a través de servicios de la sociedad de la información, en la medida en que típicamente presentan carácter transfronterizo y facilitan la difusión de los contenidos publicitarios en varios Estados miembros. Elemento clave del tratamiento de estas situaciones en el seno de la Unión es el alcance del llamado criterio de origen, adoptado en el artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico. Ese criterio abarca el ámbito publicitario, de modo que, incluso respecto a restricciones publicitarias que no han sido objeto de armonización, el criterio de base es que todo prestador de servicios de la sociedad de la información establecido en un Estado miembro puede desplegar su

* Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2015-64063-P (MINECO-FEDER).

actividad publicitaria a través de tales servicios –por ejemplo, su sitio de Internet- en el conjunto de la Unión con sujeción únicamente a la legislación publicitaria del Estado miembro en el que se encuentra establecido.

Aunque referida a una legislación nacional que establece una singular prohibición absoluta de alcance general a la publicidad en un sector concreto, como es el de los servicios de odontología, la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 2017 en el asunto *Vanderborght*, C-339/15, constituye una nueva aportación no sólo a la ya numerosa jurisprudencia del Tribunal acerca de la libre prestación de servicios como límite a las legislaciones de los Estados miembros en materia publicitaria, sino también en lo relativo al significado en este ámbito de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales y, muy especialmente, la mencionada Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico; por lo que puede resultar relevante con respecto a otras restricciones a la publicidad a través de Internet.

II. La Directiva 2005/29 y las restricciones publicitarias basadas en la protección de la salud

Es conocido que la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, incorporada a nuestro ordenamiento básicamente mediante la Ley 29/2009, llevó a cabo una armonización plena de los requisitos relativos a las prácticas de las empresas, especialmente la publicidad, que perjudiquen los intereses económicos de los competidores. El carácter de armonización completa que presenta la Directiva implica que los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las previstas en la Directiva, ni siquiera para lograr un nivel más elevado de protección de los consumidores.¹ La primera cuestión que aborda el Tribunal en la sentencia *Vanderborght* es si una norma nacional que prohíbe con carácter absoluto toda publicidad, independientemente de quién la realice, relativa a los tratamientos bucales o dentales resulta incompatible con la Directiva 2005/29.

Con respecto a la interpretación de esta Directiva, dos son los aspectos reseñables de la sentencia *Vanderborght*. Por una parte, el Tribunal confirma que, habida cuenta de la definición especialmente amplia que la Directiva 2005/29 utiliza en relación con el concepto de “práctica comercial” –art. 2.d) de la Directiva-, la información comercial que un prestador de servicios difunde a través de su página web constituye una «práctica comercial» a los efectos de dicha Directiva. Por otra parte, el Tribunal concreta el alcance de uno de los límites a la aplicación de la Directiva. En concreto, la sentencia *Vanderborght* pone de relieve cómo la salvaguarda respecto de las normas relativas a aspectos de salud que contiene su artículo 3 al regular su ámbito

¹ STJUE de 23 de abril de 2009, *VTB-VSB y Galatea*, C-261/07 y C-299/07.

de aplicación, restringe decisivamente el alcance de la Directiva como límite a las prohibiciones nacionales en materia de publicidad fundadas en ese motivo.

En concreto, el artículo 3 de la Directiva 2005/29/CE dispone que la Directiva se entenderá sin perjuicio tanto de las normas nacionales o comunitarias relativas a los aspectos de salud y seguridad de los productos (art. 3.3), como de las normas nacionales específicas que rijan las profesiones reguladas con el fin de mantener rigurosas exigencias de integridad por parte de los profesionales (art. 3.8). Este límite al alcance de la Directiva aparece destacado en su considerando 9, que deja claro que tras la adopción de la Directiva los Estados miembros conservan la posibilidad de mantener o promulgar prohibiciones de prácticas comerciales por motivos de protección de la salud y de la seguridad de los consumidores en su territorio, con independencia del lugar en el que esté establecido el comerciante. La no afectación a ese tipo de restricciones se corresponde con que la Directiva 2005/29 aparece limitada a la protección de los intereses económicos de los consumidores, mientras que esas normas nacionales se basan en la protección de la salud.

Con base en las disposiciones reseñadas, el Tribunal concluye que el carácter completo de la armonización llevada a cabo por la Directiva no afecta a las restricciones a la publicidad fundadas en la protección de la salud y el régimen de las profesiones reguladas, lo que le lleva a establecer que las prohibiciones publicitarias relativas a los tratamientos dentales y la profesión de odontólogo incluidas en la legislación belga relevante en relación con el litigio principal –que prohíben con carácter general, entre otras, toda forma de publicidad en línea de esos servicios- resultan compatibles con la Directiva 2005/29/CE. El Tribunal no se pronuncia acerca de si la referencia en el inciso final del artículo 3.8 de la Directiva a que las exigencias impuestas con respecto a las profesiones reguladas deban serlo “de conformidad con el Derecho comunitario” tiene relevancia alguna a estos efectos.

III. Servicios de la sociedad de la información y publicidad transfronteriza

Distinto es el resultado cuando las estrictas prohibiciones en materia de publicidad incluidas en la normativa belga objeto de análisis son valoradas en el marco de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico y desde la perspectiva de su compatibilidad con la libre prestación de servicios. Con respecto a la Directiva sobre comercio electrónico, la sentencia *Vanderborght* confirma que la publicidad en línea es un servicio de la sociedad de la información, de modo que el profesional titular de un sitio de Internet que informa a través del mismo de los servicios que presta, aunque sus servicios –por ejemplo, los de odontología- no sean prestados en línea, debe ser considerado un prestador de servicios de la sociedad de la información a los efectos de la Directiva. Además, confirma que un sitio de Internet a través del cual un profesional

hace publicidad de los tratamientos que ofrece constituye una comunicación comercial – en los términos del art. 2.f) de la Directiva- “que forma parte de un servicio de la sociedad de la información o que constituye tal servicio, en el sentido del artículo 8 de la Directiva 2000/31” (apdo. 39 de la sentencia *Vanderborght*).

Por ello, cabe poner de relieve, aunque sea una cuestión no abordada en la sentencia, que con respecto precisamente a las páginas web de los profesionales en las que se informan sobre los servicios que ofrecen, resultará de gran trascendencia el criterio de origen establecido en el artículo 3.2 de la Directiva 2000/31/CE. El “ámbito coordinado” de la Directiva, sobre el que se proyecta el llamado criterio de origen, no se limita en absoluto a las materias reguladas por la Directiva 2000/31, sino que se proyecta sobre el conjunto de las normas reguladoras de la publicidad. Incluso, como puso de relieve el Tribunal de Justicia en su sentencia *eDate Advertising*², se proyecta sobre las normas de Derecho civil, en particular las que regulan la responsabilidad del prestador.

En la práctica eso supone que típicamente las exigencias en materia de contenido y forma de las comunicaciones comerciales adoptadas en los diferentes Estados miembros no serán exigibles a los prestadores que se hallen establecidos en otro Estado miembro. En virtud del mencionado criterio de origen, los Estados miembros no pueden restringir la prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro dentro del ámbito coordinado de la Directiva, que comprende los requisitos relativos a la publicidad [art. 2.h) de la Directiva]. En consecuencia, las posibles restricciones incluidas en las legislaciones nacionales pueden ser exigibles a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en su territorio pero no a los establecidos en el resto de Estados miembros aunque su publicidad –como la información comercial de sus páginas de Internet- esté disponible en el Estado que adopta las restricciones controvertidas. Esta constatación tiene importantes consecuencias en el contexto de la difusión de información comercial a través de páginas de Internet, en la medida en que la información en cuestión puede estar disponible en cualquier Estado miembro en los que no cumpla sus peculiares estándares en materia publicitaria si respeta lo dispuesto en el Estado miembro de su establecimiento (sin perjuicio de la posibilidad absolutamente excepcional de adoptar restricciones a la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información con fines tasados –entre los que se incluye la protección de la salud pública- bajo las estrictas condiciones contempladas en el art. 3.4 de la Directiva).

IV. Tratamiento de la publicidad de profesiones reguladas

² STJ de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C 509/09 y C 161/10.

Aportación significativa de la sentencia *Vanderborght* con respecto a esta Directiva son sus precisiones acerca de la interpretación de su artículo 8, relativo a las profesiones reguladas, como es el caso de los odontólogos (en concreto, en Bélgica). El artículo 8.1 de la Directiva impone específicamente a los Estados miembros la obligación de garantizar que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales que constituyan un servicio de la sociedad de la información facilitado por un miembro de una profesión regulada, si bien admite que pueda estar condicionado al cumplimiento de normas profesionales relativas, entre otras cuestiones, a “la independencia, dignidad y honor de la profesión, el secreto profesional y la lealtad hacia clientes y colegas”. El Tribunal concluye que aunque esa norma permite que los Estados miembros condicionen el uso de esas comunicaciones comerciales al cumplimiento de requisitos específicos vinculados al logro de esos objetivos, el efecto útil del artículo 8, cuya finalidad es permitir a los miembros de una profesión regulada utilizar servicios de la sociedad de la información para promocionar sus actividades, resulta incompatible con la prohibición con carácter general y absoluto de toda forma de publicidad en línea destinada a promocionar la actividad de quien ejerce una profesión regulada (apdo. 44 de la sentencia *Vanderborght*).

La anterior conclusión resulta determinante con respecto a una normativa tan restrictiva como la belga de la que deriva el litigio principal y que impone una prohibición general y absoluta de realizar publicidad de servicios odontológicos. Ahora bien, esa conclusión no excluye la posibilidad de que las normativas nacionales sí pueden establecer ciertas restricciones en relación contenido y la forma de las comunicaciones comerciales relativas a profesiones reguladas con base en el artículo 8.1 de la Directiva que presente un alcance más limitado y no priven de efecto útil al mandato de garantizar que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales que constituyan un servicio de la sociedad de la información facilitado por un miembro de una profesión regulada.

V. Otros posibles límites a la aplicación de las restricciones publicitarias de los Estados miembros

Del análisis de la incompatibilidad de una legislación en materia publicitaria tan restrictiva como la belga con la libre prestación de servicios en la UE llevado a cabo en la sentencia *Vanderborght*, se desprende que el que la difusión de la comunicación comercial tenga lugar a través de una página web determina normalmente la existencia de un elemento transfronterizo en la medida en que una parte de la clientela – destinatarios de los servicios- pueden ser personas procedentes de otros Estados miembros, lo que resulta determinante de la exigencia del sometimiento de la normativa nacional a las libertades de circulación de la Unión. Para apreciar la dimensión

transfronteriza resulta determinante el que la difusión de información a través de la página web puede llegar a potenciales clientes situados en otros Estados miembros.

Sobre el fondo del análisis, si bien el Tribunal afirma que el objetivo de la protección de la salud pública y de la dignidad de la profesión de odontólogo puede justificar la imposición de restricciones a la publicidad de estos servicios, llega a la conclusión de que una prohibición con carácter general y absoluto de toda publicidad relativa a prestaciones de tratamientos bucales y dentales excede de lo necesario para conseguir esos objetivos (apdo. 72 de la sentencia), para lo que bastarían medidas relativas a “la forma y las modalidades que pueden válidamente tener los instrumentos de comunicación utilizados por los odontólogos” (apdo. 75 de la sentencia).

Para concluir, cabe señalar que el alcance tan absoluto de la prohibición impuesta en la legislación controvertida podía haber llevado a plantear también su eventual incompatibilidad con ciertos derechos fundamentales, especialmente los protegidos en el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, relativo a la libertad de expresión e información. Conforme a la jurisprudencia del TEDH, la publicidad y la información comercial quedan comprendidas en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 10 Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, en materia de publicidad el TEDH ha declarado que el margen de apreciación de los Estados miembros para establecer restricciones que no infrinjan la libertad de expresión resulta particularmente amplio, por ser mensajes parciales, criterio que se acentúa en la publicidad comercial por tratarse de mensajes mercantiles y estar integrada en un sector tan complejo y variable como el de la competencia desleal. En todo caso, la contradicción con el artículo 10 CEDH ha sido ya determinante en algún Estado miembro de la declaración de inconstitucionalidad de ciertas prohibiciones de publicidad.³ Asimismo, la tutela del derecho a la libertad de expresión ha llevado al TEDH a establecer que ciertas limitaciones a la publicidad deben ser valoradas minuciosamente para determinar si son compatibles con la libertad reconocida en el artículo 10 CEDH.⁴

³ Así, la sentencia del *Verfassungsgerichtshof* austriaco de 8 de octubre de 1996, reseñada en la STEDH de 9 de junio de 1997, asunto *Telesystem Tirol Kabeltelevision*, para. 24 <<http://hudoc.echr.coe.int/>>. El *Bundesverfassungsgericht* alemán mediante sentencia de 12 de diciembre de 2000 (*IIC*, vol. 32, pp. 858-864) estableció que la prohibición de la llamada publicidad chocante (*Schockwerbung*), que en vez de datos sobre los productos o servicios que publicita emplea imágenes duras que pueden impactar a los destinatarios, es inconstitucional, pues la publicidad comercial, incluso cuando utiliza básicamente imágenes, queda comprendida en el ámbito de la libertad de expresión.

⁴ *Vid.*, v.gr., STEDH de 24 de febrero de 1994, asunto *Casado Coca*; y STEDH de 17 de octubre de 2002, asunto *Stambuk*.