

TESIS DOCTORAL

LA EVOLUCIÓN DE LAS ESTRATEGIAS DE MARKETING EN EL ENTORNO DIGITAL: IMPLICACIONES JURÍDICAS

Autor:

Dña. María del Rosario Rivera Sanclemente

Director:

Dra. Dña. Teresa Rodríguez de las Heras Ballell

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

Getafe, 18 de diciembre de 2015



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

(a entregar en la Oficina de Posgrado, una vez nombrado el Tribunal evaluador , para preparar el documento para la defensa de la tesis)

TESIS DOCTORAL

LA EVOLUCIÓN DE LAS ESTRATEGIAS DE MARKETING EN EL ENTORNO DIGITAL: IMPLICACIONES JURÍDICAS

Autor: *Dña. María del Rosario Rivera Sanclemente*

Director: **Dra. Dña. Teresa Rodríguez de las Heras Ballell**

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, 18 de diciembre de 2015

ÍNDICE

	Pág
DEDICATORIA	7
AGRADECIMIENTOS	8
ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	14
RESUMEN	18
ABSTACT	20
TABLAS Y FIGURAS	22
I. MARKETING Y SUS ELEMENTOS BÁSICOS	
Generalidades.....	24
1.1 Concepto.....	25
1.1.1 Elementos básicos asociados al marketing.....	29
1.1.1 Un enfoque filosófico de las necesidades humanas y el marketing.....	29
1.1.2 Un enfoque socio - antropológico y filosófico de las necesidades humanas según Manfred Max Neef.....	40
1.2 La Demanda.....	43
1.3 Productos, Bienes, Servicios e Ideas.....	44
1.3.1 Bienes y Servicios.....	46
1.4 Valor, Satisfacción y Calidad.....	46
1.5 Intercambio, Transacciones y Relaciones.....	48
1.6 Mercado.....	49
II. DESARROLLO HISTORICO DEL MARKETING	
Generalidades.....	51
2.1 Primer período del Marketing (1881-1920). Orientación hacia la Producción.....	52
2.2 Segundo período del Marketing (1920-1950). Orientación a las Ventas.....	58
2.3 Tercer periodo del Marketing (1950-1990), Orientación al Marketing.....	61
2.4 Cuarto período del marketing (1999-a la fecha). La Era de la Internacionalización y Libre Comercio. Instauración de Internet y los nuevos paradigmas para la era digital.....	64
III. MODALIDADES DEL MARKETING	
Generalidades.....	76
3.1 Marketing Industrial.....	78
3.1.1 Estructura y Segmentación del Mercado.....	80
3.1.2 La Demanda Industrial.....	82
3.1.3 El comprador Industrial.....	83

3.2	Marketing de Redes.....	86
3.3	Marketing de Servicios.....	92
3.3.1	Mobile Marketing.....	94
3.3.2	Marketing Viral.....	99
3.3.3	Marketing de Guerrillas.....	101
3.3.4	Marketing Relacional.....	103
3.4	Marketing no Empresarial.....	104
3.4.1	Marketing de Instituciones no lucrativas.....	105
3.4.2	Marketing Público.....	108
3.4.3	Marketing Social.....	109
3.4.4	Marketing Político.....	111
3.5	Transición del Marketing 2.0 (orientado al consumidor) al marketing 3.0 (centrado en valores).....	112
3.5.1	Neuromarketing.....	117
3.5.2	La concepción de valores en el marketing 3.0.....	120
3.5.3	La sostenibilidad medio ambiental y la conciencia ecológica como valores del marketing ecológico.....	122

IV. IMPLICACIONES ÉTICAS DEL MARKETING

	Generalidades.....	125
4.1	La ética de la sociedad del siglo XXI.....	127
4.1.1	Fundamentación ético - filosófica aplicadas a las actividades de marketing.....	134
4.2	Responsabilidad Social e implicaciones para el marketing digital.....	148
4.3	La Protección de Datos como expresión del derecho a la Privacidad, a la Intimidad, a la Propia Imagen y la Autodeterminación informativa.....	156
4.4	La Autorregulación y los Códigos de Conducta.....	164

V. COMERCIO ELECTRONICO: IMPLICACIONES EN EL MARKETING DIGITAL

	Generalidades.....	186
5.1	Antecedentes.....	194
5.2	Perspectiva, concepto y características del Marketing Digital.....	197
5.3	Algunas ventajas y desventajas del e-marketing.....	202
5.4	Principio de Internacionalidad.....	210
5.5	Primacía de la Autonomía de la Voluntad (chose of Law).....	214
5.6	Principio de Equivalencia Funcional.....	216
5.6.1	El documento en el contexto digital.....	219
5.7	Principio de Neutralidad Tecnológica.....	223
5.8	Principio de prevalencia del derecho sustantivo pre-existente.....	225

5.9	Principio de la Protección de Datos de Carácter Personal.....	225
5.9.1	Los derechos de los titulares de los datos.....	233
5.10	Principio de Neutralidad en la Red.....	237
5.11	Los mensajes de datos, características y valor jurídico.....	247
5.11.1	Equivalentes Funcionales de los mensajes de datos.....	249
5.12	Implicaciones jurídicas y legales del Marketing Digital.....	254
5.12.1	Marco legal del Marketing Digital.....	257

VI. ESTRATEGIAS Y HERRAMIENTAS DEL MARKETING DIGITAL

	Generalidades.....	268
6.1	Marketing viral o Buzz marketing.....	273
6.2	Email marketing o e- mailing.....	281
6.2.1	Implicaciones jurídicas del Spam.....	287
6.2.2	Las cookies publicitarias.....	296
6.2.2.1	Clasificación.....	298
6.2.2.2	Aplicación de sanciones por la AEPD en caso de control regulatorio sobre utilización de Cookies.....	303
6.3	Las redes de afiliados (Marketing de afiliación).....	304
6.4	Marketing de buscadores. Posicionamiento Web.....	305
6.4.1	Responsabilidad jurídica de los buscadores de Internet.....	318
6.5	Configuradores y verificadores electrónicos de productos.....	329
6.6	Segmentación de mercados.....	330
6.6.1	Personalización y marketing digital.....	333
6.6.2	La fidelización.....	337
6.6.3	Personalizar para fidelizar.....	340
6.7	Social Media Marketing (SMM).....	341
6.7.1	Las Redes Sociales.....	345
6.7.1.1	Tipología de las Redes Sociales.....	349
6.7.2	Comunidades Online.....	356
6.8	Blogs corporativos (<i>Corporate Blogging</i>).....	359
6.8.1	Los microblogs.....	361
6.8.2	Los <i>widgest</i>	365
6.8.3	<i>Minisitites</i> promocionales.....	367
6.8.4	Mobile- apps.....	367
6.9	Cupones electrónicos: <i>e-coupons</i> y <i>m-coupons</i>	368
6.10	Determinación de perfiles de navegación. VRM y CRM.....	369
6.11	e-encuestas.....	373
6.12	Temporización digital de precios.....	373

VII. PUBLICIDAD EN INTERNET

Generalidades.....	375
7.1 Concepto jurídico de la publicidad.....	379
7.2 La publicidad ilícita en el marketing interactivo.....	382
7.2.1 La publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en los que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.....	387
7.2.2 La publicidad engañosa.....	388
7.2.3 La publicidad comparativa.....	389
7.2.4 La publicidad desleal.....	390
7.2.5 La publicidad subliminal.....	391
7.2.6 La publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.....	394
7.2.7 La publicidad comportamental en línea.....	395
7.3 Los contratos publicitarios.....	397
7.3.1 El contrato de publicidad.....	401
7.3.2 Agentes personales y contenido del contrato de publicidad.....	402
CONCLUSIONES GENERALES.....	404
BIBLIOGRAFIA.....	418
NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA.....	430
DOCUMENTOS.....	435
RECURSOS ELECTRÓNICOS.....	437

DEDICATORIA

Quiero dedicar este proyecto, con todo mi cariño y afecto a las personas que siempre han estado presentes en este camino, que nunca han dejado de apoyarme y que han sido el pilar en mi vida para lograr todos mis sueños. En los momentos más difíciles he encontrado en ellos, el apoyo, el cariño, la sabiduría necesaria para continuar con mis metas, mis ilusiones y mis propósitos. Siempre estarán conmigo en mis pensamientos y mi corazón.

A mis padres, mi hermana, mi marido y en especial a una personita que cambio mi vida, mi hijo Nachete.

AGRADECIMIENTOS

A lo largo de este proyecto son muchas las personas que han intervenido y me han brindado su apoyo, su consejo, su amistad y su conocimiento para orientarme en la evolución del mismo y a lo largo de mi formación.

La dirección de la Dra. D^a Teresa de las Heras Ballell (Profesora Titular de Derecho Mercantil / Associate Professor in Commercial Law./Vicerrectora adjunta de Relaciones Internacionales y Cooperación / Deputy ViceChancellor in International Relations. Universidad Carlos III de Madrid) ha sido fundamental desde el inicio de mi investigación, para el desarrollo y culminación de este trabajo. Por su visión siempre abierta e innovadora, enriquecedora y receptiva, lo que ha permitido que estos años hayan sido plenamente satisfactorios a nivel académico, profesional y personal.

Quiero agradecer a Ph.D. D^a María Belén Ruiz Mezcua (Profesora Asociada en la Universidad Carlos III de Madrid) por confiar en mí como estudiante y conectarme con mi directora de tesis para dar comienzo a este proyecto, sin lo cual este propósito no se hubiera iniciado.

Finalmente, corresponder mi gratitud, a mi entrono más próximo como es mi familia política, quienes me han acogido como hija y hermana más, brindándome su afecto, estímulo, paciencia y confianza que facilitan la dedicación y la constancia para culminar esta meta.

Para cerrar estas líneas me gustaría agradecer el apoyo incondicional de mis amigas en Colombia que siempre han estado a mi lado para animarme a perseguir mis sueños sin importar la distancia en que nos encontremos.

ABREVIATURAS

AACC	Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial
AECE	Asociación española de Comercio Electrónico
AECE	Asociación española de Comercio Electrónico
AENOR	Asociación española de normalización y certificación
AEPD	Agencia española de Protección de Datos
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
AMA	American Marketing Association
ANDA	Asociación Nacional de Avisadores.
ap.	Apartado
APD	Agencia de Protección de Datos
ARCO	Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición
Art.	Artículo
ACCID	Asociación Catalana de Contabilidad y Dirección.
ASCOFAME	Asociación colombiana de Facultad de Medicina
ASN	Agencia de Seguridad Nacional
B2B	Bussines to Bussines
B2C	Bussines to Consumer
B2E	Bussines to Employee
BBB	Better Business Bureau
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Corte Constitucional
Cc.	Código Civil
CCE	Comunidad Económica Europea
CCI	Cámara de Comercio Internacional
Cco.	Código de Comercio
CE	Constitución Español
CNUDMI/	C. de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
coord.	Coordinador/coordinación
CP	Constitución Política
<i>CPC</i>	<i>Cost per Click</i>
<i>CRM</i>	<i>Customer Relationship Management</i>
<i>CTR</i>	<i>Click Through Rate</i>
<i>CUBG</i>	Código Unificado de buen Gobierno
CUP	Convenio de la Unión de Paris
dir.	Director/dirección
DOFA	Debilidades, Oportunidades, Fortalezas y Amenazas
<i>E2E</i>	<i>Engineer to Engineer</i>
Ed.	Edición
<i>EDI</i>	<i>Electronic Data Interchange</i>
<i>EIAA</i>	<i>European Interactive Advertising Association</i>
<i>ENISA</i>	<i>European Network and Information Security Agency</i>
<i>et al.</i>	Y otros
<i>FE</i>	Firma Electrónica
<i>FEA</i>	Firma Electrónica Avanzada
<i>FEDMA</i>	<i>Federation of European Direct marketing</i>
FER	Firma Electronica Reconocida
<i>FTC</i>	<i>Federal Trade Comision</i>
<i>G2B</i>	<i>Government to Business</i>
<i>G2C</i>	<i>Government to Consumer</i>
<i>GATS</i>	<i>The General Agreement on Trade in Services</i>
<i>GATT</i>	<i>General Agreement on Traffis and Trade</i>
GECTI	Revista de Derecho, Comunicación y Nuevas Tecnologías
GPS	Sistema de posicionamiento global
<i>GRS</i>	
<i>IAB</i>	<i>Interactive Advertising Bureau</i>

<i>ICANN</i>	<i>The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
<i>IMP</i>	<i>Industrial Marketing and Purchasing Group</i>
INN	Influencia Negativa Neta
<i>INTECO</i>	Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación
IPN	Influencia Positiva Neta
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
<i>LEC</i>	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
<i>LFE</i>	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica
<i>LGDCU</i>	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGP	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad
LGT	Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos
LPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, Ley de Propiedad Intelectual
<i>LSO</i>	<i>Local Shared Objects o Flash cookies</i>
LSSICE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de Comercio Electrónico
<i>MEC</i>	Mercado Electrónico Cerrado
<i>MGM</i>	<i>Member Gest Members</i>
<i>MMA</i>	<i>Mobile Marketing Association</i>
<i>MMS</i>	<i>Multimedia Message Services</i>
núm.	Número
<i>OCDE</i>	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
<i>OCU</i>	Organización de Usuarios y Consumidores
<i>OIT</i>	Organización Internacional del Trabajo
<i>OMC</i>	Organización Mundial del Comercio
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONG	Organización no Gubernamental

ONU	Organización de Naciones Unidad
<i>op. cit.</i>	Obra citada
<i>OTS's</i>	<i>Opportunities to see</i>
p.	Página
<i>P2P</i>	<i>Peer to Peer</i>
<i>P3P</i>	<i>Platform for Privacy Preferences</i>
<i>PDA</i>	<i>Personal Digital Assistant</i>
PMN	Potencial Medio de Negocio
pp.	Páginas
PSS	Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
RGPD	Registro General de Protección de Datos
RMI	Resonancia Magnética de Imágenes
RSS	<i>Really Simple Syndication</i>
<i>SEM</i>	<i>Search Engine Marketing</i>
<i>SEO</i>	<i>Search Engine Optimization</i>
<i>SMM</i>	<i>Social Media Marketing</i>
<i>SMS</i>	<i>Short Message Services</i>
<i>SMS</i>	<i>Short Message System</i>
<i>SOV</i>	<i>Share of voice</i>
<i>SRS</i>	Servicios de Red Social
ss.	Siguietes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>TCP/IP</i>	Control de Protocolo de Transmisión ó Protocolo IP
<i>TEDH</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC'S	Tecnologías de la Información y la Comunicación.

TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLC	Tratado de Libre Comercio
UNIDROIT	UNIDROIT Principles of International Commercial
UNTAD	Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico y Desarrollo
<i>URL</i>	<i>Uniform Resource Locator</i>
<i>VEC</i>	<i>Valor estratégico del cliente</i>
Vol.	Volumen/volúmenes
<i>VRM</i>	<i>Visitor Relationship Management</i>
<i>WFA</i>	<i>World Federation of Advertisers</i>
<i>WTO</i>	<i>World Trade Organization</i>

INTRODUCCION

La tecnología es, sin dudar, el acontecimiento más importante y de mayor repercusión en el siglo XX y de comienzos del siglo XXI, muy bien llamado el *milenio digital*. La denominada *cibersociedad* está determinada especialmente por los medios de comunicación, los cuales han generado nuevos estilos de vida y progreso porque ofrecen numerosas oportunidades de desarrollo a las personas naturales y jurídicas que ante las transformaciones de la tecnología se encuentran mejor preparadas para enfrentar los nuevos desafíos sociales y económicos que debido a la desaparición de las fronteras físicas hace más estrechas las relaciones interpersonales mediadas por los espacios virtuales.¹

El marketing es actualmente una de las actividades de comunicación comercial a la que mayor inversión están dedicando muchas empresas por encima, incluso, de la inversión publicitaria en medios convencionales² El nuevo paradigma del marketing se ha centrado, específicamente, en el manejo cuidadoso de la relación entre el cliente y la empresa, por lo tanto, disponer de información sobre los clientes, sus características, necesidades y preferencias es fundamental para el éxito de las empresas del futuro que con el respaldo de la tecnología pone a la información inmediatamente a disposición de quienes toman las decisiones dentro de la red organizacional.

Ahora bien, en el mismo escenario, Rodríguez de las Heras afirma que “El desarrollo de la tecnología digital ha permitido la emergencia de un nuevo entorno de interacción social que facilita y exige a la vez una profunda transformación de las estrategias de comunicación comercial (que buscan aprovechar el valor de “pequeño”) en una sociedad sobreinformada (que se basa en el dominio de lo “grande”). Y continúa... “La exuberancia informativa convierte la atención en un recurso escaso. Por ello, la información no solo tiene que ser correcta, atractiva y creíble, sino además oportuna y pertinente. De ahí que la información adquiera valor cuando esta contextualizada (o “personalizada”) razón

¹ Rivera S., Ma del Rosario. *Seguridad informática y comunicaciones electrónicas*. Madrid. 2009

² Gázquez-Abad, J.c., y Canniere. M. H. *Marketing directo: delimitación conceptual e influencia en el comportamiento de compra del consumidor*. cuarto trimestre 2008 Universia Business Review. ISSN:1698-5117

por la que “la publicidad patrocinada mediante servicios de referenciación y provisión de enlaces patrocinados en buscadores es una estrategia de visibilidad para captar y retener la atención”, agrega que “Las características del espacio digital han requerido el rediseño de las organizaciones, las prácticas contractuales, las relaciones de intercambio en el mercado y, naturalmente y de forma particularmente intensa, las estrategias de comunicación comercial...El centro de gravedad en la relación de comunicación reside esencialmente en los usuarios, quienes buscan, consultan, acceden y usan la información, los contenidos, los servicios y las actividades que los operadores u otros usuarios facilitan o ponen a disposición. En este contexto, despertar el interés y captar y retenerla atención de los usuarios son esenciales...”³ Considera la autora que “ la atención es un recurso escaso y que la exuberancia informativa penaliza la capacidad de despertar interés y captar y retener la atención del destinatario de los mensajes... Considera igualmente que “...la auténtica potencialidad de las nuevas tecnologías no radica en la mayor disponibilidad de la información, ni siquiera en la mayor rapidez de su acceso, sino en la posibilidad de garantizar la atención de los agentes relevantes en las transacciones económicas...cita oportunamente, la advertencia que hace el premio Nobel Herbert Simón, “*la riqueza de la información crea la pobreza de atención*”. Hoy la atención se ha convertido en un bien escaso, en una “*commodity*”, en torno a la cual ha de girar cualquier estrategia comercial en el espacio digital.”⁴

La obra titulada “*La evolución de las estrategias de marketing en el entorno digital: Implicaciones jurídicas.*”, contribuye a abordar, comprender e interpretar la concepción del e-marketing como un sistema de pensamiento y acciones vinculados a las necesidades, deseos y demandas del mercado en consonancia con la optimización en los rendimientos económicos de las empresas como también de los emprendimientos en la comercialización o posicionamiento de los productos y servicios centrados en el usuario y sus derechos a la luz de la regulación vigente. Con este propósito se han desarrollado siete capítulos con

³ Rodríguez de las Heras Ballell. T., “*Anuncios patrocinados y servicios de referenciación: El caso Adwords de Google.* 2015

⁴ E., Ontiveros. (2001) *La economía en la red: nueva economía, nuevas finanzas.* En: Rodríguez de las Heras Ballell. T., “*Anuncios patrocinados y servicios de referenciación: El caso Adwords de Google.* 2015. Pág. 241

temas específicos como: *1. El Marketing y sus elementos básicos*. Capítulo en el que con base en un enfoque filosófico y socio-antropológico de las necesidades humanas y su clasificación se abordan conceptos como *la Demanda de productos, bienes y servicios*. Conceptos íntimamente ligados a éstas y relacionados con el Valor, satisfacción y calidad, intercambio, transacciones y relaciones como condiciones para abordar el mercado.

El capítulo 2 hace referencia a: el *Desarrollo histórico del Marketing* y sus diferentes periodos desde 1881 a la fecha con énfasis en su evolución, inicialmente orientado hacia la producción, (1881-1920) posteriormente como marketing orientado a las ventas (1920-1950) se continúa con un enfoque y orientación al marketing propiamente dicho (1950-1990) y finalmente la evolución hacia la internacionalización y el libre comercio, la instauración de la Internet y los paradigmas de la era digital. Como *Modalidades de Marketing* se aborda el capítulo 3 con unas generalidades sobre el Marketing Industrial, de Redes, de Servicios, y como parte de éste, lo que se conoce como Mobile Marketing, Marketing Viral, de Guerrillas y Relacional; Así mismo, se ilustra sobre el Marketing no Empresarial y sus modalidades de Marketing de instituciones no lucrativas, Marketing Público, Social y Político. Igualmente se aborda lo que se conoce actualmente como Marketing 2.0 (orientado al consumidor), Marketing 3.0 centrado en los valores, Neuromarketing y de muy reciente interés el Marketing Ecológico.

Un aspecto fundamental en la concepción del Marketing lo constituye la responsabilidad social e implicaciones del marketing Digital que conduce necesariamente hacia una fundamentación ético-filosófica aplicada a las actividades de Marketing y que constituye un contenido enfocado específicamente como *Implicaciones éticas del marketing* (Capítulo 4) en el cual se remite obligadamente a la autorregulación y los Códigos de Conducta. Contenido obligado de éste capítulo lo constituye La protección de Datos como expresión jurídica-legal del Derecho a la privacidad, a la Intimidad, a la Propia imagen y la Autodeterminación informativa.

El Capítulo 5 está referido específicamente al *Comercio Electrónico: implicaciones en el marketing digital*. El contenido de este capítulo está orientado a tratar los principio

que integran el comercio electrónico que a su vez tiene una incidencia, ya sea directa o indirecta, en el marketing digital, es por ello que se ejemplarizan los Principios de Internacionalidad, Primacía de la Autonomía de la voluntad, el principio de Equivalencia funcional y su aplicación en el Documento en el entorno digital, como elemento operativo de importancia en el e-marketing. El principio de Neutralidad tecnológica, Prevalencia del derecho sustantivo pre-existente, Principio de Protección de datos de carácter personal, Principio de Neutralidad en la Red como directriz en el manejo de los mensajes de datos, sus características y valor jurídico. Finalmente se realiza un análisis sobre las implicaciones Jurídico- legales como también el marco regulatorio para el entorno Digital.

El Capítulo 6 desarrolla contenidos relativos a *Marketing en el entorno digital*, el cual incluye las Estrategias y herramientas de Marketing Digital, el Marketing Viral o Buzz marketing, e-mail marketing. Implicaciones jurídicas del Spam, Cookies publicitarias, control regulatorio y régimen sancionatorio, Marketing de Buscadores, posicionamiento Web y su responsabilidad jurídica. Como un contenido a destacar en este capítulo se desarrolla Segmentación de mercados y los conceptos de Personalización, Fidelización y Personalizar para fidelizar. Igualmente se ilustran aspectos relacionados con el Social media marketing (SMM) Redes Sociales y Blogs corporativos.

El Capítulo 7 se orienta a contenidos básicos sobre *Publicidad en Internet, Los contratos publicitarios, Agentes personales y contenido del Contrato de publicidad*.

RESUMEN

“La evolución de las estrategias de marketing en el entorno digital: Implicaciones jurídicas.” como producto de investigación aborda la transformación del marketing para enfrentar el desafío que plantea el nuevo medio digital, las estrategias y herramientas más importantes en el mundo *online*, su utilización a través de las técnicas y métodos de e-marketing en el contexto y comprensión de la web social 2.0 como plataforma interactiva. Las nuevas tecnologías y especialmente las potencialidades de la Red se han consolidado como un complemento ideal para el desarrollo de las actividades del marketing digital que engloba los avisos en páginas Web, los envíos de correos masivos o *e-mailing*, el marketing en buscadores, la utilización de redes sociales y el marketing de bitácoras (blogs) entre otros.

La revolución digital ha modificado la forma de comunicación del público, obligando a evolucionar a los medios de comunicación tradicionales y forzando a las marcas a entender un nuevo entorno en relación con el público donde se hace evidente el poder de la web para explotar la inteligencia colectiva y la interactividad con los usuarios considerados como co-desarrolladores. Actualmente se hace referencia a medios digitales y no digitales. El marketing digital no es ajeno a este cambio pues surge como consecuencia de la expansión de Internet y supone una evolución de la publicidad digital que permite enriquecer los contenidos que los anunciantes presentaban de manera plana o estática.

El e-marketing ofrece contenidos dinámicos, personalizados y, en ocasiones interactivos a través de la tecnología IP (Internet Protocol). Se le ha denominado por el término genérico “cuarta pantalla” refiriéndose al marketing digital como complemento perfecto de la televisión, el ordenador y los dispositivos móviles. El e-marketing es una herramienta propia de las economías de mercado y su éxito comienza con el proceso continuo de conversión de clientes potenciales en clientes leales, fidelizados y satisfechos que utilizan Internet como canal de comunicación, ventas y/o distribución, el propósito es comercializar productos y servicios que satisfagan las necesidades de los clientes y que a través de campañas *online* se consiga atraer a clientes potenciales hacia las páginas webs

corporativas, tiendas *online*, portales generales etc. El marketing digital ofrece un conjunto de estrategias, herramientas, técnicas y operaciones que coordinadas a través de Internet buscan aumentar las ventas de un producto o servicio.

Desde la perspectiva jurídica se exponen diferentes aspectos relacionados con el alcance de la regulación vigente que sobre el Marketing 2.0 se dispone, no solo, en España sino internacionalmente pues es de conocimiento universal que en toda organización las actividades y decisiones están sometidas a restricciones, dirección e influencia de fuerzas reglamentarias con la finalidad de proteger a las empresas y consumidores garantizando la competencia, la seguridad y las prácticas de negocio justas buscando fortalecer mercados mediante el desarrollo de adecuadas medidas de seguridad jurídica, protocolos y declaraciones de buenas prácticas en materia de protección al consumidor con la finalidad de facilitar y promover la interoperabilidad, interactividad, conectividad e innovación mediante la incorporación de principios generales del derecho y los especiales del mercado respectivo.

Palabras clave: Marketing digital, *E-marketing*, *E-commerce*, *E-business*, *Marketing interactivo*, *Marketing 2,0*

ABSTRACT

“The evolution of marketing strategies in the digital environment: Legal Implications” as an investigation product tackles the transformation of marketing to deal with the new digital media challenge, the strategies and the most important tools in the online world, its use through the techniques and methods of e-marketing in the context and understanding of the 2.0 social web as an interactive platform.

The new technologies, especially the improvements of the Net, have been consolidated as a likely complement for the development of digital marketing activities which includes warnings in web pages, delivery of massive mail or e-mailing, the marketing in searchers, the use of social networks and of blogs, among others. The digital revolution has modified the way of people communicating, forcing to develop the traditional communication channels and forcing the brands to understand the new environment related with the public where it becomes evident the power of the web to take advantage of collective intelligence and the interaction with users considered as co-developers. Currently reference is made to digital and no digital media. Digital marketing is not unaware of this change as it appears as a consequence of the growth of Internet and means an evolution of the digital advertisement which allows the improvement of the contents advertised in a static way. E-marketing offers dynamic, personalized and, in some occasions, interactive contents through IP (Internet Protocol) technology. It has been called by the generic term “Fourth Screen” in reference to digital marketing as a perfect complement of the television, computer or mobile devices. E-marketing is a typical tool of market economies and its success begins with the conversion of potential into loyal, faithful and satisfied customers who use internet as a communication, sales or distribution channel, which target is to market products and services to satisfy the needs of customers and to attract potential customers by online campaigns to corporate webpages, online shops, websites, etc. Digital marketing offers a set of strategies, tools, techniques and operations which once coordinated through internet search the sales of a product or service.

From a legal perspective exposes different aspects related with the scope of the current regulation regarding Marketing 2.0, not only in Spain, also worldwide as is well known that in every organization or company the activities and decisions obey to restrictions, management and influence of different forces with the aim responsibility of protect the companies and customers warranting the competition, security and fair business practices looking to strength market by the development of adequate legal security actions, protocols and best practices in consumer protection topics in order to facilitate and promote transactions, interactivity, connectivity and innovation by including legal and market general principals.

Key words: Digital marketing, E-marketing, E-commerce, E-business, Interactive marketing, Marketing 2.0.

TABLAS

		Pág.
Tabla 1	Enfoque del nuevo paradigma del marketing.....	28
Tabla 2	Matriz de las necesidades y satisfactores propuesta por Manfred Max Neeff (1993).....	32
Tabla 3.1	Enfoques del Marketing y clasificación según las dimensiones de intercambio y gestión.....	91
Tabla 3.2	Relación entre Marketing Clásico y Marketing de Guerrilla.....	102
Tabla 4.1	Códigos de Conducta aprobados para efectos del Comercio Electrónico en el escenario comunitario y Estados unidos 2012.....	178
Tabla 4.2	Identificación del sistema de autorregulación y procedimiento de adhesión en España 2013.....	180
Tabla 4.3	Comparativa de los Sistemas de autorregulación españoles en algunos aspectos de la privacidad.....	183
Tabla 5.1	Momentos transicionales en la disciplina del Marketing Digital.....	187
Tabla 5.2	Opciones de mercado de e-commerce en función de los agentes y tipos de relación.....	208
Tabla 5.3	Regulación del e-Commerce y armonización jurídica Internacional.....	213

FIGURAS

Fig. 1	Jerarquía de necesidades de Maslow y el equivalente asiático.....	35
Fig. 3.1	Pirámide de percepción de valor del usuario.....	85

CAPÍTULO I

MARKETING Y SUS ELEMENTOS BÁSICOS

Generalidades

1. Concepto

1.1. Elementos básicos asociados al marketing

1.1.1. Enfoque filosófico de las necesidades humanas y el marketing

1.1.2. Enfoque socio - antropológico y filosófico de las necesidades humanas según Manfred Max Neef.

1.2. La Demanda

1.3. Productos, Bienes, Servicios e Ideas

1.3.1. Bienes y Servicios

1.4. Valor, Satisfacción y Calidad

1.5. Intercambio, Transacciones y Relaciones

1.6. Mercado

I. MARKETING Y SUS ELEMENTOS BÁSICOS

Generalidades

La característica más relevante aunque no la única de lo que actualmente se conoce como “sociedad de la información” es la existencia de un mercado electrónico a escala mundial como también un espacio virtual paralelo al espacio físico tradicional que gracias a recursos como Internet, permite a empresarios y profesionales la oferta de sus bienes y servicios a nivel mundial. Es así como la Red permite la transmisión digitalizada de todo tipo de información escrita, sonora y visual mediante la comunicación personalizada⁵ entre los usuarios en la sociedad global.

La empresa moderna no puede ser ajena a los nuevos mercados y a las nuevas tecnologías, se impone una nueva visión empresarial cuyo núcleo de atención es el cliente y no el producto, con una gestión orientada al marketing donde las funciones de venta y publicidad dejan de ser protagónicas en el proceso para constituirse en funciones como lo son actualmente la investigación de mercados, el desarrollo de productos, el precio, costos, distribución etc., diseñadas para satisfacer necesidades de los clientes y los objetivos de la organización. Los ciudadanos vienen desarrollando una nueva imagen sobre la necesidad de una ética empresarial, una conciencia y compromiso ecológico- ambiental, que con otras acciones tanto desde el punto de vista de fabricación como de comercialización, nos conducen a generar bienestar a largo plazo en la sociedad.

El enfoque *Marketing* es una práctica común en cualquier país del mundo y constituye la función empresarial que más se centra en los clientes. La mayoría de los países americanos, del oeste de Europa y de Asia disponen actualmente de sistemas de marketing con gran desarrollo incluso en la Europa del Este y en las antiguas Repúblicas Soviéticas, donde el término de marketing ofrecía resistencia desde el punto de vista de su

⁵RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Ballell Teresa, “*Legal framework for personalization-based business models*”, En PAZOS-ARIAS, José J.; DELGADO KLOOS, Carlos; LÓPEZ NORES, Martín (Eds.), *Personalization of InteractiveMultimedia Services: A Research and Development Perspective*, Nueva York: NOVA, 2009, pp.3-24

concepción filosófica, política y social. El marketing por lo tanto proyecta los escenarios y las necesidades de los individuos de manera estratégica para la demanda de los productos que van a estar ajustados a las necesidades y satisfacción de los clientes.

Es el propósito de este capítulo es abordar y examinar los conceptos que fundamentan el nuevo paradigma del marketing enfocado principalmente en la relación cliente-empresa a partir de un enfoque social, antropológico y filosófico de las necesidades humanas magistralmente analizadas, clasificadas y descritas por Max Neef⁶ que se originan como consecuencia del desarrollo a escala humana generando demanda de productos, bienes, servicios e ideas estrechamente relacionadas con elementos como satisfacción, calidad, valor, intercambio, transacciones, mercadeo, etc.

1.1 Concepto.

Una forma elemental de definición o aproximación a la concepción del marketing moderno, es: “*Función empresarial centrada en los clientes, en la satisfacción del cliente, creando altas expectativas de valor para mantenerlos (fidelizarlo⁷), proporcionándoles alta satisfacción*”⁸.

⁶**Manfred Max Neef.** Economista, ambientalista y político chileno nacido en Valparaíso (1932) ganador del Right Livelihood Award considerado como el Premio Nobel Alternativo de Economía. (1983); candidato a la presidencia de Chile en 1993; Entre sus obras se destaca *Desarrollo a Escala Humana, conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones.* (1983) que define una matriz que abarca nueve necesidades humanas básicas: Subsistencia, protección, afecto, comprensión o entendimiento, participación, creación, identidad, recreo y ocio y libertad. Propone otra que prefiere dejar separada de las anteriores; la trascendencia. Todas ellas hacen hincapié en la importancia de los esfuerzos humanos pequeños y apasionados. Max-Neef además postula que no existe correlación alguna entre el grado de desarrollo económico (industrial) y la felicidad relativa de las personas implicadas; al contrario, el desarrollo económico parece aumentar la soledad y la alienación en las sociedades desarrolladas. En: Gerhard Drekonja-Kornat (marzo/abril 2002). «[Manfred A. Max-Neef: El desarrollo a la medida humana](#)». *D+C Desarrollo y Cooperación* N°2 pp. 25-29.

⁷ El concepto de fidelización según Jean Marc-Lehu, es “*la característica de una estrategia de marketing concebida y llevada a la práctica, con el fin de hacer que los consumidores sean fieles al producto, al servicio, a la marca y/o al punto de venta*” y según Jean-François Trinquécoste es “*...La fidelidad se expresa mediante comportamientos de consumo y se explica por las actitudes favorables de los consumidores hacia los productos o la marca*” en LEHU Jean- Marc., *Fidelizar al Cliente Marketing, Internet e Imagen de Marca.*, Ed. Paidós., Barcelona 2001, p. 32.

⁸ KOTLER P., ARMSTRONG G., SAUNDERS J. y WONG V. et al., *Introducción al Marketing.*, Ed. Prentice Hall., Segunda Edición., Madrid 2000. El Doctor Kotler está considerado como una de las mayores autoridades en Marketing a nivel mundial. La Asociación Americana de Marketing (AMA) y la Asociación Europea de Formación de Consultores en Marketing y Ventas le han distinguido con el premio a la Excelencia en la Formación en Marketing. Ha sido galardonado con el título Doctor Honoris Causa por las universidades de Estocolmo, Zurich, Atenas, Viena, DePaul y H.E.C. de Paris. KOTLER P. et al., pp. 3-4.

El marketing dejó de ser exclusivo de las grandes compañías que operan en economías muy desarrolladas y su utilización resulta fundamental para todo tipo de organizaciones (lucrativas y no lucrativas), cualquiera que sea su tamaño o su ámbito nacional o internacional. Se ha extendido a todo tipo de empresas de servicios incluyendo hospitales, museos, organizaciones no gubernamentales, médicos, abogados, arquitectos etc.

El marketing implica identificar las necesidades de las personas y satisfacerlas. Si el especialista en marketing logra identificar las necesidades del cliente; desarrollar ofertas ajustadas a esas necesidades y transmitir y acercarlas de forma efectiva sus productos, se venderán muy fácilmente. Esto implica diseñar productos adecuados al momento oportuno, es decir, llegar a conocer tan perfectamente al cliente y sus necesidades que éste producto o lo que se ofrezca se venda solo. Por lo anterior, funciones como ventas y publicidad pierden su protagonismo tradicional y constituyen parte de un paquete más grande, el *marketing mix*, es decir, el conjunto de decisiones de marketing que actúan de forma conjunta para dirigir la demanda del mercado.

Lo anterior ilustra la definición de marketing aportada por Kotler y otros como: “... *un proceso social y de gestión a través del cual, los distintos grupos e individuos obtienen lo que necesitan y desean, creando, ofreciendo e intercambiando productos con valor para otros.*”⁹

La gestión del marketing implica entonces, el proceso de planificar y ejecutar la concepción del producto, el precio, promoción y distribución de ideas, bienes o servicios, para crear intercambios que satisfagan tanto objetivos individuales como de organizaciones, lo cual supone el análisis, planificación, gestión y control de bienes, ideas y servicios sobre la base del intercambio. Implica igualmente gestionar la demanda, esto es, las relaciones con los clientes. La gestión de la demanda es esencialmente gestión del marketing, es decir,

⁹ KOTLER P., ARMSTRONG G., SAUNDERS J. y WONG V. et al. *op. cit.*, p. 4

actuar sobre el nivel de demanda aumentando, disminuyendo o modificando su estacionalidad o llevando al cliente a cambiar sus hábitos.¹⁰

Resulta imposible garantizar la satisfacción del total de los consumidores, por ser inviable la extensión de la oferta a todos los usuarios, lo cual requiere según lo establece Rufin Moreno,¹¹ que alguien tenga que elegir con precisión y con un mínimo de rigor a quien dirigir la oferta de la empresa u organización en consideración a la competencia. Resulta preciso diseñar un plan de marketing que traslade al mercado-objeto de la organización un valor superior al trasladado por los competidores. Por lo tanto, el marketing contemporáneo no es solo una función más de la empresa es, en términos de Kotler: “...una forma de diseñar y estructurar la propia empresa y sus estrategias” es así que, el cliente, la creación de valor y la satisfacción del usuario constituyen el núcleo del marketing.

Marketing significa básicamente, operar en los mercados para llevar a cabo intercambios con los que se satisfacen la demanda de los integrantes de una sociedad inmersa a su vez en determinados sistemas económicos. Es una actividad humana dirigida a satisfacer las necesidades y deseos mediante procesos de intercambio.

Ahora bien, los recursos que puede ofrecer Internet a las personas que navegan por la Red han planteado toda una revolución en las estrategias de marketing que, no obstante seguir siendo las mismas, se han visto obligadas a adaptarse a un nuevo sistema de transmisión de la información, generando un cambio de paradigma desde el marketing transaccional al llamado marketing digital. es necesario diferenciar entre los agentes del marketing tradicional y los nuevos “netmarketers”, el “e-business”, el comercio B2B, estrategias B2C y hasta la nueva “e-economía” dentro de la que se encuentra el nuevo paradigma del “netmarketing”.

¹⁰KOTLER P. et al., *op. cit.*, p. 10.

¹¹ RUFIN MORENO Ramón., *Introducción al Marketing.*, Ed. Sanz y Torres S.L., Madrid 2008. p. 3.

Esto implica nuevos modelos de negocio, nuevas relaciones entre la oferta y la demanda, nuevos productos que se mueven en modernos mercados, es decir, se está produciendo un cambio en la forma de entender las relaciones de intercambio lo que implica una nueva forma de enfrentar las estrategias del marketing.

Las nuevas tendencias y específicamente el marketing digital permiten una aproximación hacia el nuevo paradigma del “netmarketing”, frente a los conceptos tradicionales, lo que se ilustra en la Tabla 1.

Tabla 1. Enfoque del nuevo paradigma del marketing.

ORIGEN	DESTINO	REFERENCIA	HERRAMIENTAS DE INTERNET	RECURSO
Modelo de comunicación: Un emisor a muchos receptores Marketing de masas	Modelo de comunicación: Muchos emisores a muchos receptores Marketing Individual.	Hoffman y Novak (1996) Martín (1996)	Portales Portales (Portales verticales) Portales de voz Microsites	World Wide Web
Monólogo Marcas Economías de oferta	Diálogo Comunicación Economías de demanda	Blattberg y Deighton (1996) Martin (1996) Rayport Sviokla (1995)	E- mail publishing Opt-in e-mail advertising Targeted e-mail list	E- mail
Grandes Marcas Mercados Centralizados El cliente como público objetivo Segmentos	Diversidad. Mcd. descentralizados El cliente como compañero Comunidades	Martín (1996) Blattberg (1994) McKenna (1995) Amstrong y Hagel III (1996)	Club de Fidelización Networking	Newsgroups

Fuente: “News from internet”, Internet Research: Electronic Networking Applications and Policy. Vol. 8, n°2, p. 186. En: Calvo Fernández, Reinares Lara., Comunicación en Internet, estrategias de Marketing y Comunicación Interactivas. pp. 14-15.

El nuevo paradigma del marketing permite diferenciar entre las funciones tradicionales como: Producto, Precio, Distribución y Comunicación; conocidas como las “4 Ps” y otras que están evolucionando hacia el marketing por Internet, adicionando a las anteriores otras dos funciones: Personas y Presencia, razón por la cual actualmente se conocen como las “6 Ps”. El marketing digital por lo tanto, ha cambiado por completo la forma de entender y de actuar con las cuatro variables tradicionales, buscando mantener una comunicación más directa con el cliente y personalizar la oferta de productos y servicios.

En los últimos años el mundo del marketing ha sido invadido por las innovaciones tecnológicas, por la globalización de los mercados, la era de la información y las comunicaciones, lo cual exige explotar todas las posibilidades que ofrecen con creatividad, innovación, adaptación al cambio y constancia, por lo cual, podemos entender y definir el marketing como todos los procesos internos y externos a una empresa para llegar a desarrollar técnicas y metodologías con el objetivo de la comercialización de productos y/o servicios, esto es, que los cambios sociales conjuntamente con los tecnológicos provocados por la aparición de múltiples formas y medios de difusión y comunicación, han generado cambios en los hábitos de los consumidores, que ha obligado a los profesionales del marketing a variar su forma de accionar y llegar al potencial cliente evolucionando hacia la “*personalización*”, estrategia que se ocupa de descubrir infinidad de nuevas condiciones y características de los consumidores.

1.1.1 Elementos básicos asociados al marketing.

La gestión del marketing como consecuencia del desarrollo de los sistemas económicos capitalistas extiende su influencia al entorno social y político de sus escenarios de acción. Las actividades de marketing implican una serie de elementos fundamentales que pueden agruparse según los tratadistas (Moreno y Kotler et al), de la siguiente forma: *Necesidades, Deseos y Demanda; Productos y Servicios; Valor, Coste y Satisfacción; Intercambio, Transacciones y Relaciones y Calidad y Mercados.*

1.1.1 Enfoque filosófico de las necesidades humanas y el marketing.

El marketing se origina por las *necesidades* de las personas¹². Una necesidad está relacionada con la carencia de un bien percibido por alguien, es un estado fisiológico o

¹²“Las <necesidades naturales> se refieren al mero mantenimiento de la vida humana (autoconservación) y son <naturalmente necesarias> simplemente porque sin su satisfacción el hombre no puede conservarse como ser natural. Estas necesidades no son idénticas a las propias de los animales, puesto que el hombre para su misma conservación necesita también de ciertas condiciones (calefacción, vestidos) que para el animal no representan una necesidad. Por

psicológico que es común a todos los seres humanos con independencia de los factores étnicos y culturales. Comprende necesidades básicas de alimentación, vestido, seguridad, como también necesidades sociales de pertenencia, afecto, diversión, descanso, reconocimiento, crecimiento, avance, logro, prestigio, status, afiliación, etc.

La carencia de algo se transforma en necesidad dependiendo de la resistencia de cada individuo y de sus experiencias respecto a la satisfacción de la misma. Las necesidades existen en el individuo sin que haya ningún bien destinado a satisfacerla. Pueden ser modificadas por la cultura, creándolas o eliminándolas. Las necesidades tienen una raíz biológica y están condicionadas por el medio social, así, lo que se considera necesario en un país, puede no tener ninguna importancia en otro.

Una clasificación de las necesidades humanas según Max Neef, citado por Sarachu T, establece que:¹³

“...La persona es un ser de necesidades múltiples e interdependientes, por ese motivo..., las necesidades humanas deben entenderse como un sistema, en el cual las mismas se relacionan e interactúan, por lo que “simultaneidades, complementariedades y compensaciones” son características de las dinámicas de los procesos de satisfacción de las necesidades. Max Neef propone combinar dos criterios de desagregación de las necesidades: según categorías existenciales y según categorías axiológicas. Las existenciales se clasifican en necesidades de ser, tener, hacer y estar. Intentando reconstruir la argumentación del autor en distintos espacios de su obra, es posible suponer que estas categorías tienen inspiración en Aristóteles puesto que remiten al cambio y al movimiento, concebidos como la actualización de la potencia. En*

consiguiente, las necesidades necesarias [requeridas] para el mantenimiento del hombre como ser natural, son también sociales” HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Ed. Península, Barcelona, 1978.

¹³SARACHU Trigo Gerardo., *Aproximación al análisis de las Necesidades Humanas, los procesos de colectivización y las formas sociales de satisfacción.*, p. 14 en: <http://ipes.anep.edu.uy/documentos/unicef/materiales.htm>

*este sentido, en el **ser** se sintetiza lo inmutable (esencia eterna de las cosas) con lo cambiante (lo actual y lo potencial). El **tener** remite a las objetividades de la existencia, el **hacer** podría remitir al acto, al pasaje o tránsito desde la potencialidad a la actualidad, lo que exige una transformación de la naturaleza con la que se relaciona un sujeto tanto individual como colectivo, y finalmente el **estar**, remite a determinados espacios y ambientes en que transcurre el devenir de la existencia... ”.*

**Axiológicas en el sentido de que se orienta por valores y explora las posibilidades de captación de los mismos.*

Estas necesidades existenciales para poder ser vividas y realizadas, exigen una serie diversificada de satisfactores que se pueden sintetizar como se ilustra en la tabla 2., en donde la clasificación propuesta por Max Neef, enuncia también una taxonomía de necesidades según categorías axiológicas en las que distingue un conjunto de nueve necesidades: subsistencia, protección, afecto, entendimiento, participación, ocio, creación, identidad y libertad¹⁴.

Según Max Neef, los bienes económicos podrían definirse como “objetos y artefactos que permiten afectar la eficiencia de un satisfactor”, alterando así el nivel de actualización de una determinada necesidad, bien sea, hacia su realización plena de sentido, como hacia la alienación, manipulación, deterioro y pérdida de sentido de la vida.

¹⁴Max Neef Manfred 1993

Tabla 2. Matriz de necesidades y satisfactores* propuesta por Max Neef (1993)

NECESIDADES	SER	TENER	HACER	ESTAR
SUBSISTENCIA	1/ Salud física, salud mental, equilibrio, solidaridad,	2/ Alimentación, abrigo, trabajo	3/ Alimentar, procrear, descansar, trabajar	4/ entorno vital, entorno social
PROTECCION	5/ Cuidado, adaptabilidad, autonomía,	6/ Sistemas de seguro, ahorro, seguridad social, Sistemas de salud, legislaciones, derechos,	7/ Cooperar, prevenir, planificar, cuidar, curar, Defender	8/ Entorno vital, contorno social, morada.
AFECTO	9/ Autoestima, solidaridad, respeto, tolerancia, generosidad, receptividad,	10/ Amistades, parejas, familia, animales domésticos, plantas, jardines.	11/ Hacer el amor, acariciar, expresar emociones, compartir, cuidar, cultivar, apreciar	12/ Privacidad, intimidad, hogar, espacios de encuentro.
ENTENDIMIENTO	13/ Conciencia crítica, receptividad, curiosidad, asombro, disciplina	14/ Literatura, maestros, método, políticas educacionales, políticas comunicacionales	15/ Investigar, estudiar, experimentar, educar, analizar, mediar, interpretar.	16/ Ámbitos de interacción formativa: escuelas, universidades, academias, agrupaciones,
PARTICIPACION	17/ Adaptabilidad, receptividad, solidaridad, disposición, convicción, entrega	18/ Derechos, responsabilidades, obligaciones, atribuciones, trabajo.	19/ Afiliarse, cooperar, proponer, compartir, discrepar, acatar, dialogar, acordar, opinar.	20/ Ámbitos de interacción participativa: cooperativas, asociaciones, iglesias.
OCIO	21/ Curiosidad, receptividad, imaginación, despreocupación, humor	22/ Juegos, espectáculos, fiestas, calma	23/ Divagar, abstraerse, soñar, añorar, fantasear, evocar, relajarse, divertirse, jugar	24/ Privacidad, intimidad, espacios de encuentro,
CREACION	25/ Pasión, voluntad, intuición, imaginación, audacia, racionalidad,	26/ Habilidades, destrezas, método, Trabajo	27/ Trabajar, inventar, construir, idear, componer, diseñar, interpretar	28/ ámbitos de producción y retroalimentación ,talleres, ateneos, agrupaciones, audiencia,
IDENTIDAD	29/ Pertenencia, coherencia, diferencia, autoestima, asertividad.	30/ Símbolos, lenguaje, hábitos, costumbres, grupos de referencia, sexualidad, valores,	31/ Comprometerse, integrarse, confundirse, definirse, conocerse, reconocerse, actualizarse, crecer	32/ Socio-ritmos, entornos de la cotidianidad.
LIBERTAD	33/ Autonomía, autoestima, voluntad, pasión, asertividad, apertura,	34/ Igualdad de derechos	35/ Discrepar, optar, diferenciarse, arriesgar, conocerse, asumirse, desobedecer, meditar	36/ plasticidad en el espacio-temporal.

Fuente: Max- Neef Manfred., *Desarrollo a escala Humana, concepto, aplicaciones y algunas reflexiones.*, Barcelona 1998.

*La columna del SER registra *atributos*, personales o colectivos que se expresan como sustantivos. La columna del TENER, registra *instituciones, normas, mecanismos, herramientas* (no en sentido material), *leyes, etc.*, que pueden ser expresados en una o más palabras. La columna del HACER registra *acciones*, personales o colectivas que pueden ser expresadas como verbos. La columna del ESTAR registra *espacios y ambientes*.

En igual sentido Maslow, define la necesidad como el estado de carencia de algunos satisfactores básicos que siente una persona. Estas necesidades no han sido creadas por la sociedad o por los comerciantes, sino que forman parte de la biología y de la condición humana, son denominadas como *necesidades físicas* (vestimenta, alimento, vivienda, abrigo, seguridad etc.) y *necesidades sociales*, las relacionadas con (afecto, pertenencia, reconocimiento, logro, responsabilidad)¹⁵.

Las necesidades sociales son reconocidas por Maslow como de orden superior. Es quizás la teoría más clásica y conocida popularmente. Este autor identificó cinco niveles distintos de necesidades dispuestas en una estructura piramidal, en las que las necesidades básicas se encuentran debajo, y las superiores o racionales arriba. (Fisiológicas, seguridad, sociales, estima, autorrealización). Para Maslow, estas categorías de relaciones se sitúan de forma jerárquica de tal modo que una de las necesidades sólo se activa después que el nivel inferior está satisfecho. Únicamente cuando la persona logra satisfacer las necesidades inferiores, entran gradualmente las necesidades superiores, y con esto la motivación para poder satisfacerlas.

Esta jerarquía permite explicar las necesidades y motivaciones de los consumidores. Pues tras la satisfacción de un nivel de necesidades, emerge una necesidad mayor, motivando de nuevo al consumidor a satisfacerla. Como ninguna necesidad es completamente satisfecha la insatisfacción crea continuamente nuevas demandas.

La jerarquía de Maslow parece particularmente apropiada para la cultura occidental, especialmente con relación a su descripción de la autoactualización [autorrealización], como la categoría más alta de necesidad. En el caso del consumidor asiático, se cuestiona la

¹⁵MASLOW Abraham (1908-1970) fue un psicólogo estadounidense pionero de la psicología humanista que trabajó fundamentalmente en la subjetividad de la percepción, en las relaciones entre motivación y personalidad y constituye una referencia recurrente entre los analistas de las necesidades humanas puesto que propone una serie de necesidades fundamentales, intrínsecas a la naturaleza humana, comunes a la especie y aparentemente inmutables genética e instintivas en su origen, propone un esquema gradualista desde: necesidades fisiológicas, seguridad, amor, afecto, pertenencia, estima, autorrealización, necesidades cognitivas (saber y entender) hasta las necesidades estéticas y de crecimiento personal. En http://ipes.anep.edu.uy/documentos/unicef/materiales/cano/o/aprox_trigo.pdf.

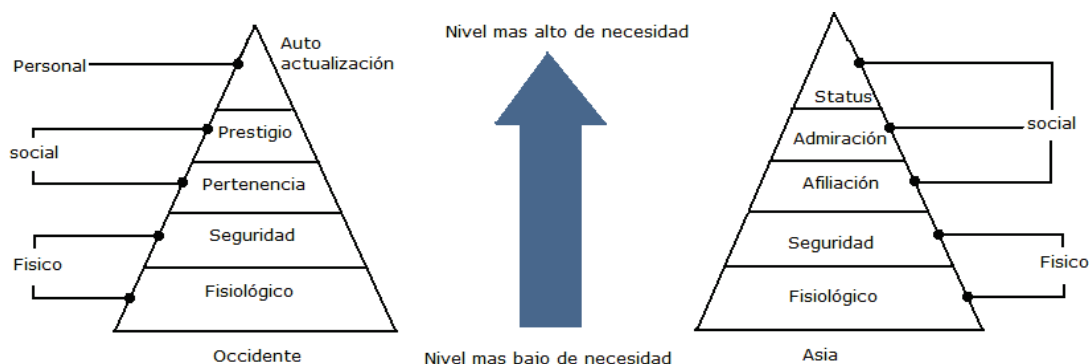
definición e incluso la existencia de esas necesidades. Los asiáticos primero deben ser alimentados y después protegidos para sobrevivir, los cambios no existen en cuanto a las necesidades físicas, sin embargo, es cuestionable si la autoactualización como necesidad personal directa existe para el consumidor asiático. Más bien, esta categoría, puede corresponder a una necesidad social que refleje un deseo de aumentar la imagen y posición a través de contribuciones a la sociedad.

En las culturas occidentales las necesidades personales marcan el nivel más alto de necesidad, lo que podría no ser aceptado rápidamente ni visto positivamente por las culturas asiáticas. En efecto, el énfasis en conseguir la independencia, la autonomía y la libertad son características propias de las culturas occidentales que están notablemente ausentes en las culturas asiáticas. En el contexto asiático el mayor nivel de satisfacción no deriva de acciones dirigidas para el ser en su autorrealización, sino de las reacciones de los demás hacia el individuo. Por lo tanto, una jerarquía de necesidades más exacta en el contexto asiático es aquella que elimine la necesidad de la autoactualización [autorrealización] y en cambio, enfatice la intrincada e importante necesidad social. Las necesidades sociales de pertenencia y prestigio pueden de hecho ser divididas en tres niveles: afiliación, Admiración y Status,¹⁶ como se ilustra en la figura 1.

Asia es un mercado muy importante para las empresas internacionales que obliga a determinar la estrategia de marketing más efectiva a ser aplicada a esta región, pues mientras que los consumidores occidentales se observan motivados por un deseo de expresión individual, los consumidores asiáticos tienden a buscar el status en un grupo social.

¹⁶**Afiliación:** Es la aceptación del individuo como miembro de un grupo. En la familia esta aceptación es automática, pero en muchos otros grupos se deben reunir ciertas calificaciones para unirse. En términos del comportamiento del consumidor, la necesidad de afiliación animará la conformidad con las normas del grupo. Una vez se ha obtenido la afiliación, el individuo deseará inmediatamente la **admiración** de aquellos del grupo. Esta es una necesidad de alto nivel y requiere esfuerzo, ya que la admiración debe ganarse a través de los actos que requieran respeto de los demás. Después el individuo querrá **status**, el cual se produce a la larga por la estima de la sociedad. La realización de esta necesidad requiere la atención de los desconocidos, donde la realización de la necesidad de admiración ocurre en un nivel más íntimo. El nivel de status se parece más a la necesidad de prestigio de Occidente y se manifiesta en un consumo destacado.

Fig. 1 Jerarquía de necesidades de Maslow y el equivalente asiático



Fuente: Insead, J.L. Kellogg Graduate School of Management, London Bussines School y the Wharton School of de University of Pennsylvania., *Master en Marketing.*, Colección Management DEUSTO, Ed. Deusto., Barcelona 2007.p. 53.

Un determinado nivel de carencia muy intenso, se transforma en necesidad. La necesidad es el concepto que subyace en la idea del marketing. Por tanto, podemos definir la necesidad como una carencia sentida por la psique humana, razón por la cual, el marketing actúa sobre las necesidades creando productos para satisfacerlas, detectando permanentemente el surgimiento de nuevas necesidades para responder a las exigencias del entorno.

Para la psicología moderna, la interacción con el entorno no sería posible en ausencia de un flujo informativo constante, al que se denomina percepción. La percepción puede definirse como el conjunto de procesos y actividades relacionados con la estimulación que alcanza a los sentidos, mediante los cuales obtenemos información respecto a nuestro hábitat, las acciones que efectuamos en él y nuestros propios estados internos.

Por otra parte, las necesidades constituyen la base del posicionamiento del producto. Hay que definir la utilidad que proporciona, puesto que un mismo producto puede satisfacer distintas necesidades. Serán las necesidades las que orienten los objetivos de la publicidad y comunicación de la empresa.

Una reflexión sobre las necesidades humanas nos lleva al cuestionamiento sobre si son lo mismo las necesidad, los intereses, los deseos, las preferencias subjetivas que cada quien se genera así mismo. El marketing desarrolla sus estrategias interventivas en los procesos sociales, en las manifestaciones concretas de las necesidades, en determinados contextos o escenarios sociales que es preciso conocer a profundidad. Al respecto, Sarachu T., expresa que “...*La intervención exige un atento estudio de las condiciones materiales y subjetivas de la existencia, comprendida como una existencia sentida y afectada por la pasión, la alegría, la tristeza, la esperanza, el dolor, el conformismo, la angustia, el esfuerzo, el arrepentimiento, el miedo, el reconocimiento, etc. ...*”.¹⁷

Retomando a Max Neef ¹⁸ en su concepción filosófica- social de las necesidades humanas, se concibe una primera tensión que debe ser tenida en cuenta para la comprensión de las mismas, y es la relativa a su doble carácter, en tanto expresan una carencia y al mismo tiempo una potencialidad. Dicho autor, contribuye al debate, proponiendo un “desarrollo a escala humana” centrado en las potencialidades de los sujetos y sus relaciones, lo que lo lleva a repensar el tema abandonando así los imperativos de una concepción de la existencia reducida al tener y que se olvida del ser, el estar y el hacer. Afirma el autor que:

“las necesidades revelan de la manera más apremiante el ser de las personas, ya que aquél se hace palpable a través de éstas en su doble condición existencial: como carencia y como potencialidad. Comprendidas en un amplio sentido, y no limitadas a la mera subsistencia, las necesidades patentizan la tensión constante entre carencia y potencia tan propia de los seres humanos”.

¹⁷http://ipes.anep.edu.uy/documentos/unicef/materiales/cano/o/aprox_trigo.pdf

¹⁸Max Neef, Manfred: *Desarrollo a Escala Humana*. Ed. Development dialogue Cepaur; Chile 1986. Ver capítulo III, Págs.37-38.

Esta tensión entre carencia y potencia, puede ser remitida a tres aspectos centrales que definen nuestros modos de existencia en el mundo: el impulso de la necesidad, los imperativos de la realidad y el horizonte de posibilidades que se presentan. En definitiva, se parte de la afirmación de que somos capaces de pensar y actuar productivamente sobre el mundo, sobre las condiciones que se nos presentan y que las mismas reflejan tanto carencias como restricciones, determinando nuestras posibilidades, al tiempo que la vida no se reduce a la forma que adopta hoy en la realidad pues existen posibilidades que aún no se han producido y que pueden ser producidas. Esta producción resultará de las nuevas formas sociales de organización y participación. Así entonces, la investigación sobre las necesidades humanas se constituye en la herramienta fundamental para la intervención del gestor profesional de marketing.

Es ineludible la tensión existente entre el capital global, las necesidades básicas y las políticas sociales, en una economía globalizada, en un mundo crecientemente mercantilizado, donde la globalización financiera tiene consecuencias económicas, políticas y culturales de variado impacto; donde las corporaciones supranacionales desarrollan sus influencias en las diversas esferas de la vida social; éste es el planteamiento de Gough cuando afirma: “Son variados los ejemplos del creciente poder del capital, donde el poder involucra la capacidad para precisar, e imponer, las propias definiciones de las necesidades individuales.”¹⁹

Continuando con éste autor, se pueden comprender las diferentes propuestas de atención a las necesidades, los sistemas de protección social y las políticas sociales como tentativas (siempre limitadas y determinadas) de intentar resolver las tensiones existentes entre las necesidades de las personas y las necesidades del capital. La evaluación de los logros de dichas tentativas, así como las diversas formas de entender esa tensión y sus posibilidades efectivas de reconciliación entre las necesidades de las personas y las necesidades del capital, atraviesan todo el debate teórico y político de los procesos de desarrollo, consolidación y condiciones de crisis del capitalismo en sus distintas

¹⁹GOUGH, Ian., Capital global, *necesidades básicas y políticas sociales* Ed. Miño Dávila-Ciepp, Buenos Aires 2003.

formaciones sociales nacionales. Para analizar las necesidades del capital, el autor recurre al propio Marx, que en el conjunto de su obra ha señalado la principal “necesidad” del capital como la expansión continua de su valor, la búsqueda del beneficio para reproducirse asimismo y al conjunto de su metabolismo social, y agrega que “Comparada con la complejidad de las necesidades de las personas, la meta del capital es muy simple: expandir sus ganancias (no diremos <maximizar>) administrando el riesgo. En lugar de la complejidad y la multidimensionalidad de las necesidades de las personas, existe un objetivo más importante que cualquier otro, medido en una sola dimensión: dinero”.

Es preciso estar atento a lo que son los procesos de satisfacción de necesidades y los procesos de producción y fabricación de esas necesidades. La pretensión de tener, oculta el verdadero sentido de vivir las necesidades, alterando así la relación entre cantidad-cualidad. Se confunden, de esta forma los términos, por lo que parece primar la idea de que a mayor cantidad de acumulación de bienes, fuera posible volverse indiferentes hacia cualidades concretas; no se trata de alcanzar determinados niveles de vida, sino de fundar otra calidad de vida con sentido.

Cuando la forma de producción y consumo de bienes conduce a erigir los bienes en fines en sí mismos, entonces la presunta satisfacción de una necesidad empaña las potencialidades de vivirla en toda su amplitud. Queda, allí, abonado el terreno para la confirmación de una sociedad alienada que se embarca en una carrera productivista sin sentido. La vida se pone, entonces, al servicio de los artefactos en vez de los artefactos al servicio de la vida. La pregunta por la calidad de vida queda recubierta por la obsesión de incrementar la productividad de los medios.

La construcción de una economía humanista exige, en este marco, un importante desafío teórico, a saber: entender y desentrañar la dialéctica entre necesidades, satisfactores y bienes económicos. Esto, a fin de pensar formas de organización económica en que los bienes potencien satisfactores para vivir las necesidades de manera coherente, sana y plena. La situación obliga a repensar el contexto social de las necesidades humanas de una manera radicalmente distinta de cómo ha sido habitualmente pensado por planificadores sociales y

por diseñadores de políticas de desarrollo. Ya no se trata de relacionar necesidades solamente con bienes y servicios que presuntamente las satisfacen, sino de relacionarlas además con prácticas sociales, formas de organización, modelos políticos y valores que repercuten sobre las formas en que se expresan las necesidades.

Para una teoría crítica de la sociedad no basta especificar cuáles son los satisfactores y bienes económicos dominantes al interior de ella, sino presentarlos además como productos históricamente constituidos y, por lo tanto, susceptibles de ser modificados. Por consiguiente, es necesario rastrear el proceso de creación, mediación y condicionamiento entre necesidades, satisfactores y bienes económicos.

Concebir las necesidades tan solo como carencia implica restringir su espectro a lo puramente fisiológico, que es precisamente el ámbito en que una necesidad asume con mayor fuerza y claridad la sensación de «falta de algo». Sin embargo, en la medida en que las necesidades comprometen, motivan y movilizan a las personas, son también potencialidad y, más aún, pueden llegar a ser recursos. La necesidad de participar es potencial de participación, tal como la necesidad de afecto es potencial de afecto.

Concluyendo, las necesidades humanas son parte convencional de la condición humana y ante la necesidad insatisfecha se buscará su satisfacción o se intentará reducir la intensidad de la misma. Los individuos de las sociedades capitalistas buscan en los mercados los bienes y servicios que las satisfagan apropiadamente. La identificación de estas necesidades, es un proceso que lleva tiempo y esfuerzo para las empresas oferentes de los productos y servicios, lo que normalmente se lleva a cabo mediante investigaciones de marketing relativas a los gustos y preferencias de los clientes así como sobre sus intenciones de compra, tanto en relación a los propios productos como a los ofrecidos por la competencia. La comprensión rigurosa de las necesidades humanas suministra información esencial para la toma de decisiones y el diseño de las estrategias de marketing.

1.1.2. *Enfoque socio- antropológico y filosófico de las necesidades según Manfred Max Neef.*

Una primera consideración que hay que tener en cuenta para abordar, desde un punto de vista socio- antropológico y filosófico, *los deseos*, como elemento básico constitutivo del marketing y siguiendo el enfoque de Max Neef, es la concepción y comprensión de la naturaleza de las necesidades como expresión de una carencia y al mismo tiempo una potencialidad²⁰

Según Max Neef, los *satisfactores* definen la modalidad dominante que una cultura o una sociedad imprimen a las necesidades. Los satisfactores no son los bienes económicos disponibles sino que están referidos a todo aquello que, por representar formas de ser, tener, hacer y estar, contribuye a la realización de necesidades humanas. Pueden incluir, entre otras, formas de organización, estructuras políticas, prácticas sociales, condiciones subjetivas, valores y normas, espacios, contextos, comportamientos y actitudes; todas en una tensión permanente entre consolidación y cambio.

La alimentación es un satisfactor como también puede serlo una estructura familiar (de la necesidad de protección, por ejemplo) o un orden político (de la necesidad de participación, por ejemplo). Un mismo satisfactor puede realizar distintas necesidades en

²⁰La taxonomía de las necesidades humanas de Max Neef, tienen como fundamento las categorías existenciales (ser, tener, hacer y estar) con origen en la metafísica de Aristóteles puesto que, remiten al cambio y al movimiento concebidas como actualización de la potencia, la potencia es el término medio entre ser y no ser y el acto es el ser actual, acabado, terminado, es el fin de la potencia. Ejemplo. Un niño tiene la capacidad de ser hombre: es, por lo tanto, un niño en acto, pero un hombre en potencia. Es decir, no es un hombre, pero puede llegar a serlo. Por lo tanto, la potencia representa una cierta forma de no-ser: no se trata de un no-ser absoluto, sino relativo, pero que es tan real como cualquier otra consideración que podamos hacer de la sustancia. Cada sustancia encierra, por lo tanto, un conjunto de capacidades o potencialidades. Junto al ser en acto hemos de admitir, pues, el reconocimiento del ser en potencia. Por supuesto que las potencias de una sustancia vienen determinadas por la naturaleza de cada sustancia: una semilla podrá convertirse en planta y, por lo tanto, es potencialmente una planta; pero no podrá convertirse en caballo. la potencia representa una cierta forma de no-ser relativo que comprende mejor con la noción de privación, a la que recurre Aristóteles para aclarar el significado de potencia. El paso de la potencia al acto define el movimiento. En Metafísica de Aristóteles.

culturas distintas, o vivirse de manera divergente por las mismas necesidades en contextos diferentes. El que un satisfactor pueda tener efectos distintos en diversos contextos depende no sólo del propio contexto, sino también en buena parte de los bienes que el medio genera, de cómo los genera y de cómo *organiza el consumo de los mismos*. Entendidos como objetos y artefactos que permiten incrementar o mermer la eficiencia de un satisfactor, los bienes se han convertido en elementos determinantes dentro de la civilización industrial. La forma como se ha organizado la producción y apropiación de bienes económicos a lo largo del capitalismo industrial ha condicionado de manera abrumadora el tipo de satisfactores dominantes.

Con base en lo anteriormente expuesto, y desde un punto de vista de los elementos básicos del marketing, los *deseos* son la forma que toman las necesidades conforme son moldeadas por la cultura y la personalidad del ser. Constituyen el modo en que las personas comunican sus necesidades. *Los deseos se describen en términos de objetos que satisfagan las necesidades*, según evoluciona el sistema económico y por consiguiente el sistema social, los deseos de los miembros de una sociedad aumentan en cantidad y diversidad.

Mientras un satisfactor es en *sentido último*, el modo por el cual se expresa una necesidad, los bienes son *en sentido estricto* el medio por el cual el sujeto potencia los satisfactores para vivir sus necesidades. Según Kotler, las *necesidades* se convierten en *deseos* cuando se dirigen a objetos específicos que podrían satisfacerlos. En este sentido, los *deseos* consisten en anhelar los *satisfactores específicos* para las necesidades de alimento, vestido, abrigo, seguridad, pertenencia, estimación y otras que se necesitan para sobrevivir. Los deseos, por otro lado, *"son la forma que adoptan las necesidades humanas moldeadas por la cultura y personalidad individual"*.²¹ Así por ejemplo, una persona necesita vestido y desea un traje, necesita reconocimiento y aceptación y desea la afiliación a un club u organización, necesita libertad y desea autonomía, a medida que una sociedad evoluciona los deseos de sus integrantes aumentan y los fabricantes desarrollan ofertas y

²¹<http://www.culturamarketing.com/2008/09/necesidades-deseos-y-demanda.html>:

productos que satisfagan el deseo en un círculo que parece no cerrarse nunca y que se retroalimenta. Es común que se confundan deseos y necesidades. Este tipo de confusión ha sido acuñada clásicamente con el término “*miopía de marketing*”. Ocurre cuando los gestores del marketing se centran tanto en sus propios productos que sólo tienen en cuenta los deseos existentes, perdiendo de vista las necesidades latentes de los clientes. Olvidan que el producto físico es sólo una herramienta para resolver una cuestión de consumo. El problema se evidencia cuando aparece un nuevo producto que satisface mejor la necesidad y además es más barato: el cliente seguirá experimentando la misma necesidad, pero deseará el nuevo producto. Las necesidades preexisten a la oferta del mercado, sin embargo, los deseos pueden ser producto del mercado. El objetivo del marketing es crear deseos en los individuos, hacer los productos atractivos y disponibles al consumidor. El comportamiento del consumidor se rige en gran medida por las fuerzas internas que preexisten en el individuo, o que pueden ser alteradas por influencia del entorno. Al respecto se define el marketing como el proceso social orientado a la satisfacción de las necesidades de individuos y organizaciones, por la creación e intercambio voluntario y competitivo de satisfactores generadores de utilidades.

Finalmente se puede afirmar que, las necesidades son comunes y estables, por ejemplo: la necesidad de alimento es común a todos los seres humanos y, obviamente, es constante en el tiempo. *Los deseos* son muchos, son ilimitados y variables, debido a que son influenciados por el entorno cultural y motivaciones personales de los individuos. Retomando el ejemplo del alimento: cuando una persona necesita alimentarse, y a esto se agrega que le apetece algo que le satisface (menú especial), entonces se habla de deseos, los que dependen de la influencia cultural y de muchos otros factores, internos y externos que mueven al individuo a desear satisfacerse con una cosa u otra. El deseo sería un medio de satisfacer una necesidad. Las necesidades genéricas son estables y limitadas, los deseos son múltiples, cambiantes e influidos por la cultura. Cuanto más evolucionan las sociedades, mayor es el nivel de deseos de sus miembros. Los deseos se traducen en demanda potencial de productos específicos cuando se acompaña de un poder adquisitivo y una voluntad de compra.

1.2. La Demanda.

Consecuente a la existencia de un deseo para lo cual deberá existir una voluntad de satisfacer la necesidad y como conclusión de éste proceso se genera la *demanda* real de los bienes, productos o servicios, condicionada por una capacidad de adquisición determinada, lo que exige de las empresas, medir o establecer no sólo cuantas personas desean sus productos sino, lo que es aún más importante, cuántas pueden adquirirlo. Es decir, cuando los deseos se asocian a determinado poder adquisitivo se convierten en demanda, así entonces, y en el marketing actual, los consumidores interpretan los productos que le son ofrecidos como “beneficios” y eligen aquellos productos que les aportan más de estos beneficios a cambio del precio que pagan.²²

Una definición que se puede concluir de los anteriores elementos, está referida a la demanda como la cantidad de bienes y/o servicios que los compradores o consumidores están dispuestos a adquirir para satisfacer sus necesidades o deseos, quienes además, tienen la capacidad de pago para realizar la transacción a un precio determinado y en un lugar establecido.

Desde otra perspectiva, “*la demanda es la capacidad de reacción de un mercado potencial ante unos estímulos y esfuerzos de marketing concretos y limitada por las condiciones actuales del entorno*”²³. Desde este punto de vista, es necesario considerar algunas dimensiones para el análisis de la demanda a saber: *dimensión del producto*: permite el reconocimiento de la demanda de marca, de línea, de empresa y global. *Dimensión del comprado*. Especifica potenciales conjuntos de destinatarios, consumidores de los productos y la comprensión de la demanda individual de segmento, de mercado y total. *Dimensión espacial*: reconoce las limitaciones o extensiones de los posibles consumos de los productos diferenciando los territorios y dando origen a la demanda local, regional, nacional, internacional y global. *Dimensión temporal*: aquí se considera el tiempo como variable básica de análisis originando concepto de demanda a corto, mediano y largo

²² KOTLER P., et al., *Introducción al Marketing*., Ed. Prentice Hall., Segunda Edición., Madrid 2000. p. 5.

²³ AGUEDA Esteban, MANDARIAGA Miranda., et tal., *Principios de Marketing*., Ed. ESIC., Madrid 2008.

plazo.²⁴ Combinando estas dimensiones se tiene que; por ejemplo, un producto: vestido; un mercado: femenino y el tiempo: temporada de verano, permiten identificar “las condiciones del entorno” y el “esfuerzo comercial” lo que conlleva la determinación de la medida de la demanda a partir de variables controlables y no controlables. Se entiende que, el “esfuerzo comercial”, hace referencia al conjunto de variables controlables por la empresa y los valores que adoptan en un periodo de tiempo determinado. Las “condiciones del entorno”, son aquellas que en su nivel y evolución no dependen de la actuación de la empresa, por ser variables no controlables, éstas permiten identificar cuales influyen en la demanda de su producto, como lo hacen y predecir su valor futuro, pero nunca influir en ellas.²⁵

1.3 Productos, Bienes, Servicios e Ideas.

Las personas satisfacen su demanda mediante la adquisición de *productos* y aunque la mayoría de los productos son objetos físicos, también existen otras categorías de productos que pueden adoptar formas muy variadas como bienes, servicios, ideas y hasta personas, es decir, son aquellos que por su naturaleza resultan intangibles, pero que cumplen con las características y funciones del producto. Por ejemplo: un servicio (bancario, medico, viajes, asesorías, consultorías), también como una idea (operaciones promovidas o difundidas por las Instituciones públicas, privadas, partidos políticos), o incluso como una persona, por ejemplo: artista, un músico, un bailarín. Todos satisfacen una necesidad, y por lo tanto, son susceptibles de comercialización en el mercado mediante campañas de marketing, con el propósito de favorecer su venta, aceptación, reconocimiento²⁶. Esta es la razón por la cual algunos autores como Kotler, consideran que Producto es “todo aquello que puede ser ofrecido para satisfacer una necesidad o deseo”, de igual manera, Santesmases al referirse al Producto lo describe como “*cualquier bien material, servicio o idea que posea u valor para el consumidor o usuario y sea susceptible de satisfacer necesidades*”²⁷

²⁴ AGUEDA Esteban, MANDARIAGA Miranda., et tal. op. cit. p. 180.

²⁵ RUBIO Selles Ricardo., *Dirección de Marketing.*, Ed. Club Universitario., Alicante 2006.p. 95.

²⁶ RODRÍGUEZ ANDURA, Inma, et tal., *Principios y Estrategias del Marketing.*, Ed. UOC., Barcelona 2006, p. 211.

²⁷ SANTEMASES MESTRE, Miguel., en RODRÍGUEZ ANDURA, Inma, et tal., *Principios y Estrategias del Marketing.*, Ed. UOC., Barcelona 2006, p. 211.

Anteriormente al referirnos a la triada *necesidades, deseos y demanda* afirmamos que, en el marketing actual los consumidores interpretan los productos que le son ofrecidos como “beneficios” y eligen aquellos productos que les aportan más de estos beneficios a cambio del precio que pagan. Por lo tanto, el beneficio es factor determinante para elegir un determinado producto y su atractivo será mayor cuanto más beneficios ofrezca para satisfacer la necesidad y atender *el deseo*; En consecuencia de la misma forma en que es posible clasificar las necesidades es también posible establecer los niveles de beneficio que ofrece un producto y que lo hacen más atractivo a la demanda, como lo enfoca Rodríguez A., al relacionar como *beneficios básicos*: Aquellos que corresponden al nivel de beneficios más elementales que puede ofrecer un producto y que se relacionan con las necesidades del orden fisiológico para el consumidor, los que se ofrecen mediante la combinación de atributos intrínsecos que proporciona el producto y corresponden a la función principal para la cual ha sido creado. *Beneficios Accesorios*: aquellos que facilitan la satisfacción de la necesidad básica haciendo más accesible y cómoda su realización. El producto puede ofrecer éste tipo de beneficios añadiendo algunos atributos o características adicionales que incrementan su valor para el consumidor. *Beneficios estéticos*: Elevan el valor del producto al introducir determinados atributos o características que los hacen más atractivos para el consumir. Aspectos como la forma, el diseño, o el color hacen más agradable o moderno el producto para el interesado. *Beneficios simbólicos*: están dirigidos a satisfacer necesidades vinculadas con la filiación social, la autoestima y la autorrealización de conformidad con la jerarquía de necesidades de Maslow, esto significa que al consumir un producto o marca concreta, se está simbolizando un determinado nivel de ingreso, grupo social o nivel educativo y se traduce en que, además de atributos intrínsecos deben darse otros del orden extrínseco, como “la marca”, “la etiqueta” y “el envase”, que incrementarán su atractivo y valor. El producto por lo tanto, gana valor y atractivo para el consumidor en función de los diferentes tipos de beneficios que ofrece y su capacidad para satisfacer diferentes niveles o jerarquías de necesidades.

1.3.1. Bienes y Servicios.

Las características de los *servicios* frente a los *bienes* tangibles han dado lugar al desarrollo de un marketing específico. Las empresas productoras de bienes y las que prestan servicios actúan en términos diferentes, porque su naturaleza y objeto de intercambio son diferentes.

Para Grande²⁸, “un bien es el resultado tangible de una actividad transformadora en distinto grado. Un servicio es una prestación, un esfuerzo o una acción”. Es frecuente la confusión entre los conceptos de *bien* y *producto* quedando el *servicio* como algo ajeno a ellos. Toda actividad empresarial conduce a un producto que puede ser bien o servicio por ellos se entiende que los bienes y los servicios son materializaciones de actividades diferentes, un producto es algo que se puede ofrecer al mercado para ser adquirido, usado o consumido, para satisfacer un deseo o necesidad, esto incluye: Objetos físicos, servicios, personas, lugares, organizaciones, ideas.

La American Marketing Association (AMA)²⁹, acuñó el concepto de *servicios*, en 1960 que posteriormente fue revisado en 1981 para definirlo como “actividades que pueden identificarse aisladamente; son actividades esencialmente intangibles que proporcionan satisfacción y que no se encuentran forzosamente ligadas a la venta de bienes”. Así entonces, un carro o una casa son bienes, una asesoría legal o una consultoría empresarial, son servicios, por lo tanto, los bienes son tangibles y los servicios intangibles. Sin embargo, no existe una frontera clara entre los dos conceptos, ya que los servicios pueden presentar también un componente tangible, por ejemplo: una comida en un restaurante puede considerarse como un bien, por el hecho de comprar alimentos; pero también es un servicio, cuando presta comodidad a los consumidores, al ofrecer servicios de hostelería.

²⁸ GRANDE Esteban Idelfonso., *Marketing de los Servicios.*, Cuarta edición., Ed. ESIC., Madrid 2005. p. 26

²⁹La American Marketing Association(AMA) es la asociación profesional de los individuos y organizaciones que están llevando ala práctica, enseñanza y desarrollo del marketing en todo el mundo. En <http://www.marketingpower.com/AboutAMA>.

Por lo tanto, *los bienes*, son objetos físicos tangibles que pueden percibirse por los sentidos; de acuerdo al modo en el que se consume, pueden considerarse como bienes de consumo inmediato o bienes duraderos.

Los servicios son actividades que pueden llevar a cabo tanto las personas, como objetos y máquinas, es decir, no tienen una existencia física y son intangibles; como su producción y consumo es simultáneo no son susceptibles de almacenamiento. Otra característica de los servicios es la dificultad para estandarizar su producción así por ejemplo: una consulta médica, una estancia en un hotel, pueden variar significativamente en función del momento y las personas que intervienen en la prestación del servicio, no ocurre así con los bienes materiales, pues estos son producidos en circunstancias diferentes y conservan sus características, por ejemplo: dos bicicletas de la misma marca, conservan sus mismas características aunque hayan sido fabricadas en momentos diferentes y por trabajadores distintos.

1.4 Valor, Satisfacción y Calidad.

Los consumidores toman sus decisiones con base en las expectativas netas de valor que les plantean las distintas ofertas. La expectativa neta de *valor* la define Kotler, como la diferencia entre los valores positivos y negativos que se espera recibir, es decir, la diferencia entre los beneficios que obtiene por poseer y/o utilizar un producto y los costes de obtener el producto, los costes pueden ser tanto monetarios como no monetarios; *costos no monetarios*, por ejemplo: el tiempo y el esfuerzo, que el cliente dedica a la compra y disfrute del producto. El marketing se propone aumentar el valor del producto ofrecido en el mercado y para conseguirlo, requiere de un conocimiento apropiado de los clientes potenciales, y de lo que es crear valor para los mismos, es éste un proceso continuo, pues consumidores y competencia, cambian con el tiempo³⁰. Así entonces, la clave de las

³⁰ RUFIN Moreno Ramón., *Introducción al Marketing.*, Ed. Sanz y Torres S.L., Madrid 2008, p. 8.

relaciones exitosas entre clientes y empresas son: *Valor orientado al cliente, Nivel alto de satisfacción y Construcción de una estructura para retenerlo.*³¹

La *satisfacción* del consumidor hace referencia a la percepción que tiene el individuo sobre el desempeño del producto o servicio en relación con sus expectativas. Un consumidor cuya experiencia está por debajo de sus expectativas será un cliente insatisfecho, pero si sus expectativas son rebasadas estará muy satisfecho, así entonces, habrá tipos de clientes de acuerdo a la satisfacción del consumidor. El *cliente satisfecho*: es aquel que es leal, sigue comprando y se constituye en un *fans* del producto, por cuanto sus experiencias superan sus expectativas. *Los clientes desertores*, son neutrales y simplemente satisfechos; es probable que dejen de ser clientes. *Los consumidores terroristas*, son aquellos con experiencias muy desagradables con la empresa y en consecuencia emiten juicios negativos. *Los clientes cautivos*, son los descontentos con la compañía, pero que permanecen en ella por tratarse de un monopolio. *Los clientes mercenarios*, son clientes muy satisfechos, pero que no son leales. Los investigadores han concluido que las empresas, deben esforzarse por crear *fans*, incrementar la satisfacción de los desertores para volverlos leales, evitar tener terroristas y cautivos y reducir el número de mercenarios.³²

La calidad, está estrechamente ligada con el valor y la satisfacción del cliente, ya que niveles altos de calidad generan alta satisfacción, apoyando al mismo tiempo precios más altos y bajos costos.³³

1.5. Intercambio, Transacciones y Relaciones.

Una relación de *intercambio*, es un acto de comunicación entre dos o más partes, en el que estas se entregan mutuamente algo valioso y útil para ambas. El marketing constituye una relación de intercambio.

³¹CORDERO RAMÍREZ Javier., *Planeación Estrategia de Marketing para destinos turísticos de empresas.*, Ed. Universidad Autónoma de la Baja California, México 2003.

³²SCHIFFMAN G. León., *Comportamiento del Consumidor.*, Octava Edición., Ed. Prentice Hall., México 2005., p. 14 y ss.

³³CORDERO RAMÍREZ Javier., *Planeación Estrategia de Marketing para destinos turísticos de empresas.*, Ed. Universidad Autónoma de la Baja California, México 2003.

El intercambio se operacionaliza en *transacciones*. Como tratos o negocios, y en *Transferencias o sesiones de derechos y dominios sobre un bien*. Las transacciones como elementos del intercambio, pueden ser *monetarias o no monetarias* y las transferencias pueden ser *ideológicas, sociales y culturales*.³⁴

Considera Kotler, que si dos partes están inmersas en un proceso de intercambio, se encuentran negociando y moviéndose hacia un acuerdo, esté acuerdo es el que se denomina transacción, ahora bien, el marketing de transacciones es parte de un concepto más amplio conocido como *marketing de relaciones*, el cual, busca construir relaciones de largo plazo con fundamento en la confianza mutua con los clientes, distribuidores, comercio, y suministradores, lo que se consigue a través del proceso de entrega de productos de calidad, buen servicio y precios razonables a lo largo del tiempo. El marketing de relaciones disminuye los costes y el tiempo de las transacciones, en algunos casos permite pasar de la transacción negociada a la simple rutina.

1.6. Mercado.

Los gestores en marketing definen el *mercado* en función de las personas y organizaciones actuales y potenciales que tienen necesidad o deseo de bienes y servicios, disponen de los recursos y poseen capacidad para adquirirlos. Desde el punto de vista de marketing, el mercado resulta atractivo por su potencialidad futura, más que por su volumen actual, pues está relacionado con la posibilidad, de desarrollo más que con una aceptación pasiva. En este enfoque los vendedores constituyen la industria y los compradores constituyen el mercado, originando ambos flujos monetarios de productos y servicios, y también de información en el proceso de comunicación inherente a la relación de intercambio.³⁵

³⁴ SELLERS RUBIO Ricardo Et al., *Dirección de Marketing Teoría y Práctica*., Ed. Club Universitario ECO., Alicante 2006.

³⁵ AGUEDA Esteban, MANDARIAGA Miranda., et tal., *Principios de Marketing*., Ed. ESIC., Madrid 2008., p. 87 y Ss.

CAPÍTULO II

DESARROLLO HISTORICO DEL MARKETING

Generalidades

- 2.1. Primer período del Marketing (1881-1920). Orientación hacia la Producción.
- 2.2. Segundo período del Marketing (1920-1950). Orientación a las Ventas.
- 2.3. Tercer periodo del Marketing (1950-1990), Orientación al Marketing.
- 2.4. Cuarto período del marketing (1999 - a la fecha). La Era de la Internacionalización y Libre Comercio. Instauración de Internet y los nuevos paradigmas para la era digital.

II. DESARROLLO HISTÓRICO DEL MARKETING.

Generalidades

El marketing como disciplina, su concepción y práctica, han estado estrechamente asociados a la evolución histórica de los acontecimientos y circunstancias contextuales que han caracterizado los diferentes momentos históricos según ciclos sociales y económicos de las sociedades. Esto quiere decir que la historia del marketing ha estado vinculada a la creación, consolidación, evolución de las sociedades humanas, a la generación del bienestar que se espera proporcione a la sociedad y de manera particular a los modos de producción capitalista en los que se ha logrado desplegar con mayor intensidad. Se puede deducir, con base en la evolución histórica, que el pensamiento del marketing se inicia desde el momento en que se desarrolla el capitalismo, cuando la producción se intensifica y la tecnología comienza a evidenciar su importancia y necesidad, desde el momento en que comienza a construirse el intercambio que hoy es la base conceptual del marketing y sobre el cual se sustentan los modernos postulados y sus diferentes ópticas profesionales.

El propósito de este capítulo es ilustrar los distintos momentos en la historia y desarrollo del marketing - término de carácter interdisciplinario y de origen anglosajón que comenzó a utilizarse en los EE.UU a principios del siglo pasado, concretamente en 1910 cuando en la Universidad de Wisconsin se introducen cursos sobre “*Métodos de Marketing*”-; identificar igualmente los factores que generaron los cambios y transformación del marketing, la herencia actual de las distintas prácticas e instituciones y su relativa estabilidad a través del tiempo, así mismo, comprender lo teórico y lo práctico en la actualidad, las tendencias predominantes, la evolución de los conceptos como reflejo de las necesidades cambiantes de las organizaciones y la sociedad que evidencian que el campo de esta disciplina todavía está en evolución.

2.1 Primer periodo del marketing (1881-1920). Orientación hacia la Producción. *Periodo Precedente o Prehistórico, previo a la revolución Industrial. Escuelas de pensamiento del marketing: funciones, Institucional y de Análisis de Producto.*

El término marketing comienza a ser utilizado en los Estados Unidos en el periodo comprendido entre 1881 y 1910, cuando se fundan las primeras escuelas de administración de negocios originándose como disciplina en el campo educativo. Jones y Monienson (1990), empeñados en la búsqueda de los orígenes del pensamiento del marketing y siguiendo a Bartels (1988), afirman que las universidades de Harvard y Winsconsin fueron los centros originales de influencia en el desarrollo del marketing, por lo que los orígenes del enfoque Institucional obedecen a una emigración académica de estudiantes norteamericanos a Alemania, durante el siglo XIX, influidos por el modelo científico del historicismo, que en ese momento empezaba a dominar las ciencias sociales en Alemania, modelo caracterizado por su metodología estadística y su pragmatismo más que por sus ideas teóricas o conceptuales. Esta corriente de economistas norteamericanos regresó a su país hacia 1870 constituyéndose en los pioneros del pensamiento del marketing.

En América Latina se han utilizado y se han querido implementar una serie de vocablos que le dan significado al término pero que en su traducción no han tenido buena acogida observándose el predominio del vocablo inglés, el cual ha permeado diversas manifestaciones en el ámbito laboral, empresarial, académico etc., dando gran posicionamiento al término en diversos segmentos poblacionales, no obstante, la controversia en la traducción y la formalización del concepto. Si bien, algunos autores utilizan términos como “comercialización”, “mercadología”, “mercadeo” y “mercadotecnia”, existen traducciones en Iberoamérica utilizando el término “marketing”, a pesar de considerar que no existe en lengua castellana una palabra que recoja todo el valor semántico del marketing. La Real Academia de la Lengua Española (RAE) en su edición

XXI acepta el uso del vocablo marketing como una voz inglesa que equivale al término de marketing tanto en escenarios académicos como empresariales.³⁶

En España empieza a utilizarse el término en la década de los años sesenta. Está tardía aparición tiene que ver con la apertura internacional y la llegada masiva de capital y empresas del exterior, el gran incremento de la competitividad en el mercado y el tardío advenimiento de una sociedad prospera que acepta nuevos hábitos de consumo de mayor calidad. Las empresas buscan con afán la consecución de beneficios a través de la satisfacción del consumidor; este impulso inicial se ha visto fortalecido por la internacionalización de la economía, el creciente espíritu innovador de la empresa y su plena integración en el entorno, llegando a una plena adaptación del marketing de desarrollo en el país tanto en lo empresarial como en lo académico.³⁷

Para abordar el desarrollo histórico del marketing se ilustran diferentes periodos evolutivos así. Un *primer periodo* identificado por algunos autores como *periodo Precedente*³⁸, *periodo Prehistórico*³⁹ y de *principios*⁴⁰ o de [iniciación, comienzos] del marketing anterior al siglo XX y exactamente en el periodo comprendido entre 1800 y 1920 denominado el periodo de *Orientación a la Producción*⁴¹ anterior al desarrollo de la Revolución Industrial.

Aunque se registra un largo periodo donde no hubo documentación al respecto, no quiere decir que la práctica del marketing no se diera en el seno de las comunidades. Es así como los empresarios fabricaban con métodos artesanales productos para ser vendidos en

³⁶ PAZ PARRA Rafael Alberto y PIEDRAHITA M., *Desarrollo Histórico del Marketing.*, Ed. Universidad Libre, Cali-Colombia 2007.

³⁷ ALEGRE L y et al., *Fundamentos de Economía de la Empresa. Perspectiva Funcional.*, Segunda edición., Ed. Ariel Económica., Barcelona 2008, p. 100 y Ss.

³⁸ AGUEDA Esteban., Et al., *Introducción al Marketing.*, Ed. Ariel Economía S.A., Barcelona 2002., p. 16.

³⁹ PAZ PARRA Rafael Alberto y PIEDRAHITA M., *Desarrollo Histórico del Marketing.*, Ed. Universidad Libre, Cali-Colombia 2007.

⁴⁰ GARCÍA LAHIGUERA (1980). En ALEGRE L y et al., *Fundamentos de Economía de la Empresa. Perspectiva Funcional.*, Segunda edición., Ed. Ariel Económica., Barcelona 2008, p.99.

⁴¹ CAROLA GRAZIANI., *Evolución del Marketing desde el producto hasta Internet.*, en DVOSKIN Roberto., *Desarrollo Histórico del Marketing. Teoría y Experiencia.*, ed. Granica S.A., Buenos Aires 2004., p. 41 y Ss.

su entorno más cercano y casi que exclusivamente para un determinado tipo de consumidor. Se trata de una economía feudal, agraria o forestal, la población es en gran parte autosuficiente y produce para el autosostenimiento sus propios alimentos, fabrica sus propias telas, construye su casa y utensilios. Hay muy poca especialización en el trabajo y se encuentra ausente la necesidad de cualquier tipo de comercio. Con el transcurrir del tiempo, sin embargo, comienza a generarse el concepto de división del trabajo y los artesanos concentran sus esfuerzos en la producción de aquel artículo en el que sobresalen. Esto da como resultado que cuando una persona produce más de los que desea, o desea más de lo que produce, se origina la base para el comercio y el comercio es el corazón del marketing.

Producir constituía la principal preocupación de las organizaciones que apenas prestaban atención a nada que no estuviera relacionado con su capacidad para generar productos terminados. Esta orientación surge en una circunstancia donde la oferta era aún inferior a la demanda. Así se fue desarrollando la oferta, es decir, aparecen más competidores con soluciones destinadas al mismo producto; en consecuencia el consumidor empezaba a tener más donde elegir, lo que generó una nueva orientación ya no centrada en la producción sino en el producto haciendo énfasis en la calidad del mismo en sus nuevas presentaciones para diferenciarse de los competidores.

Cuando el intercambio comienza a desarrollarse en las economías agrarias, la mayoría de los negocios lo son en pequeña escala y sin especialización alguna en su dirección. Se desarrollan a partir de organizaciones artesanas familiares y se atiende principalmente a la producción. La práctica normal es producir manualmente bajo pedido.⁴² Razón por la cual, el marketing fue concebido en sus albores como sinónimo de distribución cumpliendo una demanda social que le consistía en enlazar la actividad de los fabricantes con la de los consumidores quienes se manera pasiva esperaban ser atendidos. De igual forma como ocurre en la actualidad en ciertas sociedades en vías de desarrollo donde el marketing es asociado exclusivamente con el cumplimiento de la función de

⁴²ZARATE Tinnoco Erika Geraldine., *Marketing.*, en www.monografias.com. Consultado en diciembre 2012

distribución y ventas. Se evoluciona hacia el marketing moderno principalmente en Estado Unidos como influjo de la denominada segunda Revolución Industrial⁴³ en la cual la producción sufre cambios e incrementos sustanciales, crecieron los centros urbanos consecuente a la migración de la población rural, las artesanías familiares se transformaron en fábricas, prosperaron las empresas de servicios para satisfacer las necesidades diarias de los obreros industriales que dejaron de ser autosuficientes. Esta dinámica social de estructuración de la red económica de producción generó en el mundo de los negocios de esa época una serie de responsabilidades dando lugar con ello a la incipiente aparición de lo que hoy se conoce como marketing. Se vivieron tiempos de paradojas incomprensibles ya que mientras por una parte el interés se centraba en el aumento de la producción debido a que la demanda del mercado excedía a la oferta, se necesitaba por otra parte, vender lo producido como resultado de los sustanciales mejoramientos tecnológicos que trajo la segunda Revolución Industrial con sus grandes inventos. Se creó entonces el denominado *marketing masivo* como requisito previo para la producción en serie haciendo funcionar las fábricas en su nivel óptimo, disfrutando de las economías de escala y tornando más compleja la red social de producción, distribución y consumo propio de la época.

A partir de 1911 se produce un gran movimiento en las universidades de Harvard y Winsconsin dando lugar a la creación de gabinetes de investigación comercial así como las asociaciones profesionales; se estudia sobre todo la actitud en los consumidores y los métodos de los minoristas en el desarrollo de sus actividades.

En este primer periodo los negocios requerían determinar cuánto de lo que se producía estaba siendo consumido; necesidad que surge en razón a que la mayor parte de lo manufacturado era vendido a los denominados intermediarios cuya demanda no reflejaba necesariamente los requerimientos del consumidor final pues los intermediarios tenían la

⁴³ Este período de la historia se caracteriza por la invención del proceso Bessmer para la producción del acero (1856), el perfeccionamiento del dinamo (1873) y la invención del motor de combustión interna (1876). Este periodo se diferencia del que algunos investigadores han llamado la primera Revolución Industrial, acaecida en la segunda mitad del siglo XVIII, tipificada por la aplicación de la máquina a la industria en gran escala, se inventó el torno para hilar algodón (1767), se perfeccionó la máquina de vapor (1769) se expandió la industria del hierro (1784) y se inventó el telar mecánico (1785). En PARAMO Morales D. *Marketing: su esencia conceptual.*, Ed. Uninorte., Barranquilla Colombia 2004. p. 9.

capacidad de intervenir el proceso a través de la administración de los inventarios y de las condiciones de distribución. La investigación de mercados y el marketing apenas si se tenían en cuenta, pues los esfuerzos desarrollados por las universidades y los hombres de negocios se concentró en la utilización del conocimiento científico para incrementar el control y la eficiencia en producción y distribución consideradas como parte del marketing, razón por la cual, los investigadores universitarios de la época se concentraron en encontrar la forma a través de la cual los obreros pudieran ser más eficientes. Los esfuerzos en el marketing desplegados por un escaso número de investigadores se orientaron a descubrir los métodos para que los gerentes pudieran resultar eficientes en las ventas.

De este periodo podría concluirse que la práctica del marketing estuvo orientada hacia la producción, la investigación de mercados, como también el análisis del mismo, mientras que la investigación se concentró en la distribución y adquisición sistemática de los productos como también en el uso del conocimiento de los flujos de productos más que en el campo de las necesidades, deseos, demanda y opciones del consumidor. Podría afirmar que hasta antes de 1910 el desarrollo del pensamiento mercadológico (Traducción de la expresión anglosajona *marketing thought*), estuvo dominado por la economía y la teoría económica en particular, es así como la actividad comercial y los mercados eran explicados desde el punto de vista de la macroeconomía, ya que el marketing fue inicialmente considerado como un subconjunto de la economía y aún insipiente no fue capaz de explicar ciertos comportamiento de los consumidores, como tampoco avanzar en las teorías de preferencia del consumidor, menos aún en las selección de las marcas y en los efectos del consumo razón por la cual la psicología intenta dar una explicación razonable de las actitudes de los consumidores.

Fueron tan débiles los fundamentos de la teoría del marketing que muchos de sus estudiosos se concentraron casi exclusivamente en la problemática de la oferta (periodo de

orientación a la producción) y dejaron de lado los aspectos propios de la demanda que ya comenzaba a ser compleja e incierta.⁴⁴

Aparecieron tres escuelas de pensamiento que dominaron el escenario del marketing:⁴⁵ la *Escuela Funcional*: que enfatiza las actividades de marketing y las transacciones como la venta, compra, transporte y distribución conocidos posteriormente como los elementos del marketing. La *Escuela Institucional*: Orientada a la distribución de productos y la administración de los canales de distribución. Establece las bases para la venta minorista. La *Escuela de análisis de Producto*, concentrada exclusivamente en la distribución de los productos. Es evidente que ninguna de ellas dirigió sus postulados hacia los aspectos relacionados con la formación de las preferencias del consumidor ni con la conducta de los mercados. Se inicia la preocupación empresarial por el concepto de utilidad producida por el marketing, empieza a desarrollarse el concepto de publicidad desde un enfoque de la psicología que comienza a entender los procesos mentales que inducen a los seres humanos a la compra. Se reconoce que la venta puede ser enseñada y aprendida y se empieza a aceptar la idea de tener un mejor vendedor con determinadas cualidades humanas, con un genuino interés por los otros, cortés e inteligente. Afirma Paramo M.,⁴⁶ que con esta perspectiva las ideas y los principios del valor y de la racionalidad del consumidor desarrollados por los economistas neoclásicos fueron incorporados al cuerpo de principios del marketing.

⁴⁴PARAMO Morales D., op. cit. p. 13.

⁴⁵ MASON, 1995. En PARAMO Morales D. *Marketing: Su esencia conceptual*., Ed. Uninorte., Barranquilla Colombia 2004. p.13

⁴⁶ PARAMO Morales. op. cit. p. 14

2.2. Segundo período del Marketing (1920-1950). Orientación a las Ventas. Fase de estructuración del Marketing. Investigación de mercados.

El *segundo periodo* comprendido entre 1920 a 1950, ha sido denominado *Orientación a las ventas*⁴⁷. En los primeros 10 años de este periodo (1920-1930), se genera lo que ha sido denominado por algunos autores como *fase de estructuración*.

Periodo caracterizado por el *boom* de la empresa americana de exitosos negocios, presiona sobre la organización de las estructuras y de los procesos administrativos, buscando una organización menos riesgosa. Es fundamental la progresiva necesidad de disponer de un mayor y mejor conocimiento de los factores que incide en la baja y el flujo del comercio que pudieran obstaculizar el alcance de los objetivos corporativos; es prioritario eliminar la incertidumbre de ser exitosos en los respectivos mercados y como se vive el periodo de la primera posguerra induce a los negocios de la época a incorporar la investigación en si actividad cotidiana. La investigación de mercados caracteriza al marketing en este periodo de la historia; se concentró en la sistematización de los métodos y el conocimiento con el fin de alcanzar los propósitos de los negocios en vigencia; se desarrollaron técnicas de recolección de investigación y trabajo de campo potenciando su capacidad de medición. Se crearon los métodos para diseñar cuestionarios para determinar y seleccionar muestras y para confrontar los datos recopilados. Adquiere vigencia la investigación por encuestas (*survey research*) con el propósito de medir y poder guiar el desempeño de las organizaciones, lo que mejoro la demanda de bienes y servicios.

Para esta época se define el marketing como una actividad económica afectada por las condiciones sociales y económicas predominantes con la finalidad de la distribución de los productos en una estructura de control social con base en regulaciones y disposiciones gubernamentales. El marketing se define como “*Todas aquellas actividades involucradas en la distribución de bienes de productores hacia consumidores y en la transferencia del*

⁴⁷CAROLA GRAZIANI., *Evolución del Marketing desde el producto hasta Internet.*, En DVOSKIN Roberto., *Desarrollo Histórico del Marketing. Teoría y Experiencia.*, ed. Granica S.A., Buenos Aires 2004., p. 41 y Ss.

título de propiedad del bien” (Bartels, 1976)⁴⁸. Igualmente, la venta al por menor experimenta un gran avance, se publican diferentes textos en los cuales se explica la utilización del método científico en la solución de problemas con ventas y se realizan análisis estadísticos de distribución.

Hacia el periodo comprendido entre 1930 a 1950, se experimentan las consecuencias generadas por la Gran Depresión vivida en los Estados Unidos y se empieza a sentir la particular especialización de las distintas disciplinas sociales entre las que surge el marketing. Se establecen las diferencias entre las distintas disciplinas (Economía, Sociología, Antropología, Psicología, Política etc.), y no solamente entre teóricos y científicos, sino también, entre estos y sus practicantes. (Wright et al., 1993)⁴⁹. Para la disciplina del marketing se establecieron fronteras entre el comportamiento del consumidor y la gerencia del marketing, pero la investigación de mercados y los logros hasta aquí alcanzados en investigación lograron darle a la disciplina el status de ciencia, incluso ni siquiera le fue definido su campo de acción como tampoco los límites de su alcance; condiciones que sí les fueron otorgadas a la psicología, a las sociología y a la antropología. Como resultado del debate entre economistas neoclásicos y quienes propugnaban por una teoría del marketing más direccionada a la realidad de la demanda, a los deseos del consumidor y a los efectos interpersonales del consumo fue apareciendo una corriente que condujo el pensamiento mercadológico hacia la psicología centrada en la exploración de los procesos mentales de los individuos como consumidores y aplicada a la publicidad y a la venta personal.

Se destaca la aparición de las relaciones públicas como una nueva variable de comunicación comercial, que debe reflejarse para utilizar la imagen de la empresa en el exterior. Hay interés por el desarrollo de la investigación del consumidor con las encuestas de consumo dando lugar a lo que se conoce como el primer jurado de consumidores. Al final de esta década, se empieza a utilizar el teléfono como medio de desarrollo de

⁴⁸En PARAMO MORALES D. *Marketing: Su esencia conceptual.*, Ed. Uninorte., Barranquilla Colombia 2004.

⁴⁹op. cit. p. 16

entrevistas para la investigación. En los años veinte y treinta agrega Moreno,⁵⁰ que la disciplina atraviesa un periodo en el cual, se crean y asientan sus principios básicos. El concepto de marketing se fundamenta en el análisis interrelacionado de productos, funciones e instituciones. El interés por el marketing de productos específicos y la tendencia a unificar la terminología caracterizan este periodo; se obtuvieron los primeros estudios sistemáticos sobre “El comportamiento de compra del consumidor”.

Puede afirmarse que este periodo se caracterizó por la aparición del marketing como disciplina. El establecimiento y el crecimiento de escuelas de negocios en distintas universidades. El notable incremento de la independencia de los académicos del marketing generando controversia en el tratamiento convencional de la teoría del consumidor. Esta perspectiva centrada en el comportamiento del consumidor junto a la utilización de los modelos de análisis económico y a la concepción del marketing como institución social, son las características predominantes del marketing hacia los años cuarenta y cincuenta. Las actividades del marketing se interpretan como un proceso económico, mediante el cual, los bienes y servicios se *intercambian* y se determinan sus valores en términos de precios monetarios; es así como, dicho proceso convierte a los actores y actuaciones del marketing en una institución social dentro de la economía de libre empresa. El intercambio y movimiento de bienes entre diferentes regiones permite destacar la importancia superior de los vendedores sobre la de los fabricantes; aparece una nueva división en el trabajo cuando un tipo de hombre de negocio comienza a ayudar a la venta de la producción, actuando como ligazón entre productores y consumidores conocido como el *intermediario*,⁵¹ desde la perspectiva empresarial.

⁵⁰RUFIN MORENO Ramón., *Introducción al Marketing.*, Ed. Sanz y Torres S.L., Madrid 2008. p. 12.

⁵¹ZARATE Tinnoco Erika Geraldine., *Marketing.* En www.monografias.com.

2.3. Tercer Período del marketing (1950-1990). Orientación al Marketing. Surgimiento del Comité de la American marketing Association (AMA) y sus directrices estructurales y conceptuales para la nueva disciplina.

Posteriormente, el *tercer periodo* que caracteriza la evolución del marketing comprende la década de 1950 a 1960, que ha sido denominada como *Orientación al Marketing*⁵². Surge cuando se toma conciencia de que es mejor aprender primero de los clientes para descubrir que es lo que quieren, como les conviene más y adaptárselo a sus necesidades y preferencias; el objetivo deja de ser vender y pasa a ser satisfacer a los clientes con lo que se les vende⁵³. Este periodo se caracteriza por la concepción del marketing como proceso socioeconómico que requiere fundamentar sólidamente su condición de *función empresarial*, con la condición de ser eficiente para que el concepto así establecido tenga sentido. El concepto que dio origen al marketing (1950 Harvard, Theodore Levitt), fue el de orientar los productos al grupo de compradores (Target) que los usa o consume, así entonces, se orientan los esfuerzos de promoción a las masas mediante los medios de comunicación (cine, radio, televisión) que comenzaban a aparecer en este periodo dando inicio a la disciplina del marketing propiamente dicha. Periodo marcado por las características propias de la segunda posguerra como un mundo lleno de contrastes; por un lado, una Europa devastada como consecuencia de la guerra desatada en sus territorios y anhelante de reconstrucción lo cual fue posible gracias a la ayuda norteamericana y por el otro un grupo de países- los Aliados- con unas economías sumidas en grave crisis buscando el recate de sus deterioradas arcas oficiales. Estas circunstancias fueron transmutándose a lo largo del tiempo generando un periodo convulso, ininteligible por momentos, con grades giros en lo social, en lo económico, en lo político, en lo ambiental, en lo demográfico etc. A la par de estos sucesos el marketing fue adquiriendo características que lo distinguieron y le dieron cuerpo a los principios que le son propios.

⁵²CAROLA GRAZIANI, Evolución del Marketing desde el producto hasta Internet., en DVOSKIN Roberto., Desarrollo Histórico del Marketing. Teoría y Experiencia., ed. Granica S.A., Buenos Aires 2004., p. 41 y Ss.

⁵³GARCÍA SÁNCHEZ María Dolores., Manual de Marketing., ed. ESIC Editorial., Madrid 2008., p. 28

El hecho de mayor trascendencia en relación con la conceptualización del marketing y que marca el cambio de época, se produce en 1960 cuando el Comité de la American Marketing Association (AMA) culmina su trabajo de recopilación y estudio de conceptos y define el marketing como “*la realización de actividades empresariales que dirigen el flujo de bienes y servicios desde el productos al consumidor o usuario*” (Committee on Definitions, 1960).⁵⁴ De este modo se propicia la consolidación de la disciplina entrando en una etapa de fertilidad investigativa que llevará a ampliar su conceptualización, su contenido y sus límites, la definición anteriormente referenciada se destaca por: 1. Circunscribe el marketing al ámbito empresarial y a un flujo real de bienes y servicios sin tener en cuenta el intercambio de información que se produce entre el mercado y la organización. 2. Establece el marketing como algo propio, único y exclusivo, del productor de mercancías sin considerar las magnitudes intangibles y las organizaciones no lucrativas. 3. Limita el marketing a la función distributiva de los bienes y servicios ignorando otras áreas como la investigación de mercados, la comunicación o el diseño de los productos. 4. El marketing es considerado como un área de segundo nivel dentro de la empresa y no como parte activa y fundamental en la toma de decisiones. 5. La transacción entendida como la transferencia de propiedad o uso de un bien o servicio económico a cambio de una prestación constituye el núcleo del marketing.

Esta definición de la AMA suscita aún más controversia, pues en el ambiente de la disciplina pugnan diversos autores e investigadores de los Estados Unidos con conceptos y variables del marketing mix lo que genera la elaboración de manuales sobre la materia como el de McCarthy (1964), Buskirk (1961), Cundiff y Still (1964), Stanton (1964), Kotler (1967), Phillips y Duncan (1969), quienes circulan aún en los mercados editoriales y constituyen referencia bibliográfica válida para el estudio del marketing.⁵⁵

⁵⁴ En PAZ PARRA Rafael Alberto y PIEDRAHITA M., *Desarrollo Histórico del Marketing.*, Ed. Universidad Libre, Cali- Colombia 2007.

⁵⁵En PAZ PARRA et al., op. cit.

El marketing como función empresarial es la propuesta ya clásica y el famoso paradigma de McCarthy (1964)⁵⁶ que interrelaciona diversas variables y políticas del marketing a través de su famoso modelo de las cuatro “Ps”, como también concebir el marketing como proceso socioeconómico que se relaciona con la teoría económica, la política económica, la Psicología y la Sociología. La obra de McCarthy contempla aspectos que fundamentan el impacto de esta teoría sobre la disciplina; así por ejemplo la definición por él establecida supera algunas falencias de la definición emitida por la AMA (1960) como también aspectos relacionados con las variables del marketing mix. Es esta manera de visionar el marketing la que da comienzo al periodo orientado al consumidor. (Munuera,)⁵⁷. Con este modelo comienza a tener espacio el consumidor como parte del proceso de intercambio. Paralelamente comienza a interpretarse el marketing gerencial como sinónimo de toma de decisiones respecto a productos, canales, precio, promoción y locaciones, y se hace énfasis en la función de planeación, y en la responsabilidad social inherente al marketing.

Las críticas fueron creciendo en la medida en que las empresas tomaban ventaja de sus grandes estructuras de producción lo que generó un movimiento social de defensa y de protección de los derechos del consumidor. El debate tuvo que ocuparse de los temas sociales con una nueva concepción y práctica del marketing. Las discusiones oscilaban entre el marketing extendido hacia todos los aspectos de la sociedad y el marketing con inclusión de postulados sociales que aparecían por doquier.

Finalmente, el marketing termina extendiéndose de manera decidida hacia las esferas de lo social a partir de los escritos y aportes intelectuales de Kotler y Levy (1969), las bondades sociales siguieron presionando hasta que la AMA en 1985 estableció una nueva definición direccionada hacia el marketing como *“el proceso de planeación y ejecución del concepto, del precio, de la promoción, y de la distribución de ideas, bienes y servicios, para crear intercambios que satisfagan los objetivos tanto individuales como organizacionales.”* Se extendió así el marketing hacia la salud, la educación, la política, la

⁵⁶En PARAMO MORALES D. Marketing: *Su esencia conceptual.*, Ed. Uninorte., Barranquilla Colombia 2004. p. 20

⁵⁷En PAZ PARRA et al., op. cit.

defensa de los derechos de las comunidades, el gobierno, juntas de acción comunal, partidos políticos, derechos humanos, en fin hacia todas las ideas y las causas sociales que buscan el mejoramiento de las condiciones de vida del grupo humano al que pertenece cada organización.

A partir de estas connotaciones sociales aportadas por la concepción y practica del marketing; la investigación de mercados empieza a apoyarse de manera definitiva en aproximaciones relativistas llamadas cualitativas para comprender la verdadera dimensión del comportamiento del consumidor en su actuar diario. Surge la etnografía como una aproximación antropología al estudio del comportamiento del consumidor, a través de la cual ha sido posible dimensionar el fenómeno del consumo desde una perspectiva cultural en la que se han desenvuelto los consumidores como seres humanos formados en un entorno determinado y en tiempo dado. (Paramo M, 2000).

2.4. Cuarto Período del Marketing (1999 - a la fecha). La era de la Internacionalización y el libre Comercio. Instauración de Internet y los nuevos paradigmas para la era Digital. *La nueva arquitectura tecnológica de espacios, redes, el documento digital y la migración virtual en el espacio digital. Nuevos modelos de negocios basados en la personalización y el e- marketing.*

Se ilustra a continuación el *cuarto y último periodo* comprendido a partir de 1999 a la fecha. En este último periodo se destaca desde el punto de vista social la caída del muro de Berlín y con ello el derrumbe del mundo socialista construido alrededor de la conquista del poder por grupos y movimientos sociales y políticos en el mundo. Se destaca la definición y estructuración del nuevo orden mundial con sus nuevas aperturas económicas, acuerdos bilaterales y multilaterales, con los que se lograron borrar fronteras a través de los diferentes mecanismos de integración destacándose la Unión Europea como el más avanzado, a partir del Acuerdo de Maastricht, en Holanda, en 1992. A pesar de los avances y grados de profundización de los procesos de apertura que tipifican las tendencias de globalización y de fragmentación al mismo tiempo, el nuevo orden económico internacional, tiene como fundamento el mundo de la información y el desarrollo

tecnológico para su utilización. La instauración de Internet, que no solo ha acercado a las personas mediante permanente comunicación instantánea sino que ha contribuido a la realización de negocios a través del mundo constituyéndose en el más de los revolucionarios desarrollos tecnológicos producidos durante los últimos años con la evidente expansión de su utilización, disponibilidad de información y accesibilidad de una forma inusitada, nunca antes imaginada.

Con su aporte se crea la intranet (*Business to Employee, B2E, Engineer to engineer, E2E*), la extranet (*Business to Business, B2B=Comercio electrónico entre empresarios*) y el internet (*Business to Consumer, B2C = Comercio electrónico entre empresarios y consumidores*), muy utilizadas en las diferentes organizaciones y que constituyen modalidades susceptibles de englobarse dentro del ámbito del Comercio Electrónico aunque ofrecen ciertas dificultades específicas relacionadas con la formación y los procedimientos electrónicos de contratación, como consecuencia de la tecnología empleada, ya que las redes abiertas de telecomunicaciones – como Internet que interconecta grupos de redes de ordenadores conectados entre sí- plantean importantes problemas en materia de seguridad y privacidad ya que la privacidad electrónica se encuentra indefectiblemente ligada a las medidas que en materia de instrumentos de seguridad electrónica deciden instaurarse para la protección integral y continuada de los datos de carácter personal de los potenciales consumidores o usuarios.⁵⁸

La adopción de las nuevas tecnologías en numerosas facetas de la actividad económica⁵⁹ da una amplia noción de comercio electrónico (*e- Commerce*). Un concepto plástico y de fronteras borrosas que se ha definido con dificultad; en ocasiones, de forma amplia e imprecisa y, en ocasiones, de manera restrictiva para abarcar más allá de la fase de mera contratación electrónica. Desde aquella perspectiva más extensa, la expresión e-

⁵⁸ ILLESCAS ORTIZ R, *Derecho de la Contratación electrónica.*, Madrid, Civitas, 2001. En RODRÍGUEZ DE LAS HERAS T. *Régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplace)*. Marcial Pons., Madrid 2006, p. 40.

⁵⁹ Por ejemplo: Information gathering, shopping, trading, brokering, banking, accounting, auditing, auctioning, financing, negotiating, marketing, e-marketing, supplying, manufacturing, distributing, etc., es una larga pero inacabada lista de actividades que ha experimentado una importante transformación debida a la incorporación de las nuevas tecnologías de la comunicación. M. J. STRADER y A. B. Whinston (ed) *Handbook on electronic Commerce*, Heidelberg, Springer, 2000, pp. 3-24. En RODRÍGUEZ DE LAS HERAS T. *Régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*., Marcial Pons., Madrid 2006, p. 31.

commerce se incorpora al más genérico término de *e-business* que permite describir con mayor amplitud el fenómeno de *electronificación* de todas las etapas del proceso de negocio, incluyendo así actividades anteriores y posteriores de la contratación propiamente dicha⁶⁰ y tareas de organización y gestión intraempresarial.⁶¹

De acuerdo con los nuevos modelos de negocio basados en la personalización y específicamente el e-marketplaces; los que conjuntamente con los novedosos parámetros que impone la nueva arquitectura tecnológica y lo relativo a espacios, redes, el documento en el espacio digital y la migración virtual del mismo, entre otros muchos aspectos, necesariamente se imponen nuevos paradigmas para la era digital como magistralmente lo ilustra y detalla Rodríguez de las Heras.⁶²

“La metamorfosis tecnológica de la Economía (y de la Sociedad) supone mucho más que una amplificación de parámetros, incluso mucho más que la globalización de los fenómenos, que, de hecho, parece quedar desmentida por un imparable proceso de “balcanización”⁶³; significa el desplazamiento de la “era de la propiedad” a la “era del acceso”; la transformación de los “productos” en “servicios”; la nueva concepción de los mercados y los

⁶⁰La Secretaría General de Comunicaciones, «Estudio la situación del comercio electrónico en España», mayo 1999 (disponible en el sitio web www.aui.es), adopta esta definición más amplia al describir comercio electrónico como: cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet, (por lo que) el comercio electrónico no solo incluye la compra y la venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para actividades anteriores y posteriores a la venta, como son: la búsqueda de información sobre productos, proveedores, consumidores, etc., la colaboración entre empresas con negocios comunes. Este concepto omnicomprendivo se desvirtuará con la aparición de la confusa perífrasis de origen comunitaria “servicios de la sociedad de la información”. En RODRÍGUEZ DE LAS HERAS T. *Régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplace)*, Marcial Pons., op. cit, p. 32.

⁶¹RODRÍGUEZ DE LAS HERAS T. *Régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*, Marcial Pons., op. cit, p. 32.

⁶²RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL. T., *Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital*. Mayo 29 a 30 de 2008. Jornadas de Archivos Municipales de Madrid.

⁶³La habilidad de las nuevas tecnologías para superar las fronteras territoriales, para minimizar las ventajas asociadas a la localización geográfica, ha creado una errónea impresión de uniformidad, de tendencia hacia la completa e irremediable “homogeneidad” de la denominada “aldea global”. A medida que esta nueva Economía se ha ido consolidando, sus resultados desmienten estas predicciones pioneras. Precisamente, la reducción de los costes de comunicación ha favorecido la creación de comunidades más selectivas también más selectas.- ALSTYNE, Marchall V.; BRYNJOLFSSON, Erik, “Communications Networks and the Rise of an information Elite. Do Computers help the rich get richer?”, *Proceedings of the International Conference on Information Systems, Amsterdam, 1995* – Esta constatación tiene unas claras implicaciones de tipo sociológico. Un estudio económico sobre los efectos de “balcanización” de las tecnologías de la información y comunicación en ALSTYNE, Marchall V.; BRYNJOLFSSON, Eric, “Electronic Communities: Global Village or Cyberbalkanization?”, *Proceedings of the International Conference on Information Systems, Cleveland, Ohio, 1996*.

procesos bajo las pautas estructurales y operativas de las redes; la combinación, casi la integración, de la cooperación y la competencia para dar forma a un modelo híbrido de cooptation⁶⁴ ; y un definitivo reajuste del mundo en dos estados, conectado o desconectado⁶⁵ ...”

La era digital como nuevo escenario del marketing y específicamente del e-marketing se encuentra enmarcada en un “proceso histórico de migración de un espacio, el natural, a otro espacio nuevo, el espacio virtual”⁶⁶ en el cual, “objetos, sujetos y actividades se trasvasan del territorio natural...al espacio digital, del mundo de átomos al mundo de bits”⁶⁷

La metamorfosis tecnológica de nuestra sociedad afirma Rodríguez de las Heras Ballell., se manifiesta como “*un progresivo e irreversible desplazamiento de la “era de la propiedad” a la “era del acceso” en la cual “el acceso ocupa en la nueva arquitectura del mundo una posición central que explica muchos de los nuevos parámetros bajo los que han de concebirse los sujetos, los objetos y las actividades. El esquema de la propiedad se nutre de la materialidad de la posesión. El acceso concibe una arquitectura sustentada por la idea de control. Acceso, bajo determinadas condiciones de control, es posesión. Acceso además es constancia. Acceso es almacenamiento. Cuando preguntaron a Amazon, cómo podía mantener almacenados y siempre disponibles los miles de libros necesarios para atender todas y cada una de las peticiones que llegarán de cualquier lugar del mundo, contestó que no necesitaba tenerlos almacenados tan solo tenerlos accesibles...*”⁶⁸

⁶⁴Donde las políticas de cooperación empresarial se sitúan en el centro de las formas de crecimiento, ONTIVEROS, Emilio, *La economía en la red: nueva economía, nuevas finanzas*, Madrid, Taurus, 2001. p. 63 – dando forma a un nuevo ámbito de colaboración en la Red, denominado E2E (*engineer to engineer*), para el diseño, la planificación, el desarrollo de productos, la innovación.

⁶⁵RIFKIN, Jeremy, *La era de acceso. La revolución de la nueva economía*, Barcelona, Paidós (Estado y Sociedad). 2000.

⁶⁶ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Antonio., (2004) “*La migración digital*” en: RODRÍGUEZ DE LA HERAS BALLELL. T.,(2008) *Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital*. Mayo 29 a 30 de 2008. Jornadas de Archivos Municipales de Madrid.

⁶⁷ Empleando la ya famosa metáfora de NEGROPONTE, Nicholas, *El mundo digital. El futuro que ha llegado.*, Barcelona: Ediciones B, 2000. En: RODRÍGUEZ DE LA HERAS BALLELL. T.,(2008) *Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital*. Mayo 29 a 30 de 2008. Jornadas de Archivos Municipales de Madrid.

⁶⁸ RODRÍGUEZ DE LA HERAS BALLELL. T.,op. cit. 2008

Ahora bien, desde el punto de vista de la regulación y del ordenamiento jurídico la arquitectura tecnológica sobre la que se asienta el espacio digital, se constituye en una nueva fuente de normas reguladoras de las conductas que tienen lugar en la Red⁶⁹, es decir, la arquitectura tecnológica está dotada de una eficiente capacidad reguladora pues al habilitar o inhabilitar técnicamente una determinada actuación la convierte en admisible o prohibida, según corresponda a una acción o actuación permitida o no permitida con una eficacia tal, que el sistema (Software) impide el incumplimiento mediante la imposibilidad de la ejecución, es decir, permitiendo o bloqueando el acceso a la acción no autorizada.⁷⁰

De otro lado, se puede argumentar como lo hace Barrio⁷¹ que los consumidores tienen legítimas expectativas de recibir productos libres de defectos, de calidad satisfactoria de acuerdo al precio, durables y que no representen un peligro cuando son usados normalmente. En cuanto a servicios, se puede esperar que sea provisto con el debido cuidado y pericia, dentro de un tiempo razonable y a un precio también razonable. Chatterjee⁷² hace referencia a los requerimientos de protección contra productos defectivos, protección en las ventas a distancia, protección contra abusos en el uso de datos o información personal y protección contra usos inadecuados de los sistemas informáticos. Estos requerimientos pueden ser satisfechos a través de alguna de las formas disponibles de regulación, pero si las políticas regulatorias de los distintos Estados difieren en forma marcada pueden impactar negativamente en el desarrollo de los negocios electrónicos y en la protección de los consumidores. Los negocios llevados a cabo a través de redes informáticas presentan dificultades jurisdiccionales que no ocurren en los negocios no electrónicos de alcance puramente nacional debido a que, en principio los negocios llevados a cabo en el espacio digital traspasan las fronteras geográficas de los Estados.

⁶⁹ LESSIG, Lawrence., *El Código y otras leyes del Ciberespacio*. En: RODRÍGUEZ DE LA HERAS BALLELL. T.,(2008). op. cit.

⁷⁰RODRÍGUEZ DE LA HERAS BALLELL. T.,op. cit.,2008

⁷¹ BARRIO Fernando. Ph.D. Senior Lecturer in Business Law., London Metropolitan University, UK.¿Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en Internet? Esa es la cuestión. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. 2006.

⁷² CHATTERJEE, C.,*e-commerce Law for the Business Managers*. Kent: Finacial World Publishing. En: BARRIO Fernando. Ph.D. ¿Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en Internet? Esa es la cuestión. Universidad de los Andes. Colombia. 2006.

(Nolan)⁷³ Por lo tanto, cuando un consumidor lleva a cabo una operación de e-marketing puede estar situándose fuera de la protección que su derecho local le provee, quedando vulnerable frente a prácticas deceptivas, productos que no satisfagan los requerimientos de salubridad, métodos de pago inseguros, pérdida de la privacidad, etc.(Alboukrek)⁷⁴ El problema se acentúa debido a la incompatibilidad de los enfoques regulatorios de los Estados Unidos de América y la Unión Europea, enfoques que en alguna medida son seguidos y aplicados por la mayoría de los países que tratan con el tema o afrontan el problema. Siendo éstos los dos actores más importantes en la arena global (Aguilar)⁷⁵, es claro que sus políticas al respecto tengan una gran influencia en las regulaciones del e-Marketing global, pero sus enfoques muchas veces contradictorios generan como resultado un incremento del riesgo y una notable inseguridad jurídica tanto para los negocios, como para las empresas y los consumidores. Los Estados Unidos prefieren autorregulación por parte de las industrias y la Unión Europea enfoca la regulación como una forma de proteger a los consumidores en general. (Hiller & Cohen)⁷⁶ La forma de regulación más adecuada para la correcta protección de los derechos de los consumidores en los entornos digitales es finalmente una cuestión de hecho que probablemente nunca se llegue a establecer con total certeza en razón a que los negocios electrónicos y particularmente el Marketing Digital se fundamentan en una tecnología que evoluciona demasiado rápido, y no obstante, que una de las funciones de la ley es regular el cambio para adaptarse a las nuevas realidades, y que por lo tanto, mantener el ritmo marcado por el avance tecnológico es parte de la obligación del legislador, la estrategia se orienta hacia la autorregulación y hacia los Códigos de conducta como leyes del Ciberespacio, los que serán abordados posteriormente como Ética, autorregulación y Códigos de Conducta.

⁷³ NOLAN, S., 2003. Freedom of contract. *Ebusinesslex.net*. En: BARRIO Fernando. Ph.D. *¿Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en Internet? Esa es la cuestión*. Universidad de los Andes. Colombia. 2006.

⁷⁴ ALBOUKREK, K., 2003. Adapting to a new World of e-Commerce: The need for uniform consumer protection in the international electronic marketplace. *The George Whashington International Law Review*, 35(2), 425-460. En: BARRIO Fernando. Ph.D. *¿Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en Internet? Esa es la cuestión*. Universidad de los Andes. Colombia. 2006.

⁷⁵ AGUILAR, J., 2000. Over the Rainbow: European and American Consumer Protection Policy and Remedy Conflicts on the Internet and Possible Solution. *International Journal of Communicatios Law and Policy* 4, 1-57. En: BARRIO Fernando. Ph.D. *¿Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en Internet? Esa es la cuestión*. Universidad de los Andes. Colombia. 2006.

⁷⁶ HILLER, J., and COHEN, R., 2002. *Internet Lawand Policy*. New jersey: Pearson Education. En: BARRIO Fernando. Ph.D. *¿Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en Internet? Esa es la cuestión*. Universidad de los Andes. Colombia. 2006.

Frente a este notable desarrollo de la información como de la tecnología disponible para analizarla e interpretarla, el marketing ha tenido que encarar un reto aún mayor, que le permita a las empresas tomar decisiones frente a la cambiante situación de los mercados actuales, esto quiere decir, que la forma que vaya a asumir el marketing debe responder al menos a las tres características más significativas del mundo de los negocios imperantes: 1. Existencia de computadores personales de gran poder conectados a las grandes autopistas de la información. 2. Enorme explosión de grandes volúmenes de información. 3. La reingeniería de las organizaciones hacia estructuras más planas horizontalizadas con equipos ad hoc y recurriendo a la contratación externa.⁷⁷ Bajo estas circunstancias propias de un mundo más competitivo, aperturas irreversibles y un conjunto de consumidores más exigentes y menos conformes con las posibles ofertas disponibles, algunos tratadistas han visto en la ingeniería de mercados como una de las formas que podría adquirir el marketing para atender las demandas de esta época. Los tiempos cambiantes han abrumado a los responsables del marketing en cada organización quienes se han visto inmersos en un mundo para el cual, a pesar de la gran cantidad de la información disponible, la conformación de gigantescas bases de datos y el sensible avance de programas de computador para facilitar el proceso de toma de decisiones se ven insuficientemente preparados para enfrentar semejante modificación de sus condiciones laborales.

Con base en esta nueva visión del marketing, el profesional debe acercarse a la realidad del fenómeno del consumo de una forma más sistemática y mediante el diseño y utilización de diferentes modelos estratégicos, de planeación y operativo para responder a tales requerimientos marcados por la incertidumbre y el desconcierto producido por los constantes cambios generados en la mente de los potenciales o reales consumidores.

⁷⁷PARAMO Morales D. *Marketing: Su esencia conceptual.*, Ed. Uninorte., Barranquilla Colombia 2004. p. 26.

El marketing para el nuevo milenio, afirma Kotler., presenta como los mayores desarrollos del mercado los siguientes⁷⁸:

- Una sustancial des-intermediación de mayoristas y minoristas debido al comercio electrónico. El consumidor tiene acceso a fotografías de cualquier producto en internet, leer las especificaciones, comprar On-line a vendedores con el mejor precio y condiciones y pagar a través de internet.
- Los costosos catálogos impresos han desaparecido. El sistema de compra B2B ha crecido más de prisa que las compras On-line de los consumidores.
- Los minoristas emprendedores están implementando sistemas de entretenimiento en sus establecimientos pues se ha observado una disminución del tráfico en las tiendas, es por esto, que muchas tiendas incluyen ahora bares, conferencias y representaciones, es decir, están haciendo marketing como una “experiencia” en vez de como un surtido de productos.
- Numerosas empresas han construido bases de datos de consumidores con mucha información sus preferencias y requerimientos individuales. Utilizan esta información para *mass customize* su oferta individualmente. Las empresas presentan plataformas de productos On-line en las cuales los consumidores diseñan los productos para satisfacer sus propias especificaciones.

⁷⁸KOTLER Philip., *¿haciadónde vamos?*. En Insead, J.I. Kellogg graduate school of management, London Business School y the Wharton School of de University of Pennsylvania., Master en Marketing., Colección Management DEUSTO, Ed. Deusto., Barcelona 2007. p. 12.

Los negocios están haciendo un mejor trabajo de retención de consumidores buscando caminos imaginativos para exceder las expectativas de los mismos. Así las cosas, los competidores encuentran muy difícil conseguir nuevos consumidores.

- Las empresas han cambiado su perspectiva de la transacción a la de la fidelidad del cliente. Pueden permitirse tener menos beneficios en cada venta debido al contrato de venta a largo plazo.
- Muchas empresas externalizan hasta el cien por ciento de sus actividades y requerimientos convirtiéndose en empresas virtuales que poseen muy pocos activos y por lo tanto, ahorran extraordinariamente.
- Muchos vendedores son franquiciados en lugar de ser empleados en una empresa. La empresa los equipa con las últimas herramientas de ventas permitiéndole desarrollar sus propias presentaciones multimedia y ofreciéndoles mercados y contratos a su gusto. Muchos compradores prefieren reunirse con un vendedor a través de la pantalla que en su oficina. Cada vez se realizan más las ventas personales a través de medios electrónicos, donde el comprador y vendedor se ven en las pantallas de su ordenador en tiempo real. Los vendedores viajan menos y los más efectivos están muy bien informados, son de confianza y muy buenos en escuchar.
- Los anuncios masivos por televisión han disminuido, hay muy pocos periódicos y revistas impresos.
- Las empresas no son capaces de mantener las ventajas competitivas (más allá de patentes, derechos de autor, posiciones superiores, propiedad de la información etc.).

Para el nuevo milenio la clave para el éxito competitivo es cambiar su marketing tan rápido como su mercado. La empresa exitosa es aquella cuyo marketing la puede llevar adelante en los rápidos cambios del mercado global.

La anterior síntesis cronológica destaca la hipótesis basada en el irrefutable hecho de que es el entorno, el contexto que ha determinado las diferentes acepciones que el marketing ha tenido que asumir dentro del contexto histórico y social en el que ha hecho presencia. Desde este punto de vista las sociedades actuales, su diseño y concepción, ha obligado a concebir el marketing a través de la ingeniería, la antropología y la sociología como requisito para dar respuesta a las demandas impuestas por la moderna tecnología; todo esto en el marco de una sociedad donde la información no solo abunda sino que cambia a velocidades sorprendentes, que absorbe y sobrepasa la capacidad gerencial y su implementación, manejo y cumplimiento de la mejor forma de alcanzar los objetivos organizacionales.

Las conclusiones sobre la evolución del marketing giran entonces alrededor de los procesos de fragmentación y homogenización que experimentan las sociedades actuales, producto de la internacionalización, aperturas económicas y sociales, características del entorno que han impuesto a académicos e investigadores del marketing la obligación de encontrar mecanismos para hacer frente a una sociedad de riesgos, vacilaciones y peligros comerciales, y nada mejor que hacerlo desde las diferentes alternativas, corrientes de pensamiento y paradigmas que han prevalecido en la esfera intelectual antagónicos particularmente en los aspectos antropológicos y el simbolismo del consumo como de la intencional búsqueda de reducir riesgos en la toma de decisiones como se quiere hacer desde el ámbito de la ingeniería.

El ciberespacio no tiene fronteras, pero para lograr un verdadero mercado global las regulaciones que lo afectan deben ser coordinadas y compatibles tanto con las regulaciones que afectan el comercio no electrónico como con las de otras jurisdicciones. Otro de los hechos que no puede ser dejado de lado es que en la actualidad la mayor parte del comercio electrónico y específicamente el Marketing Digital se da entre empresas y

consumidores de la Unión Europea y los Estados Unidos; dos jurisdicciones reacias a aceptar los principios de la otra o a propender por armonizarlas. Independientemente de las cuestiones ideológicas y de las preferencias por tal o cual cultura regulatoria, las cuales coinciden en gran parte con las distintas familias del Derecho, instituciones o sistemas jurídicos resulta concluyente que frente a los negocios llevados a cabo a través de las redes digitales; la autorregulación con sus características frecuentemente citadas de flexibilidad y globalidad responde a la necesidad de armonización legislativa que permita alcanzar un equilibrio entre el establecimiento de un ambiente propicio a los negocios y la protección de los distintos derechos de los usuarios o consumidores.

CAPÍTULO III

MODALIDADES DE MARKETING

Generalidades.

3.1 Marketing Industrial.

3.1.1 Estructura y Segmentación del Mercado.

3.1.2 La demanda Industrial.

3.1.3 El comprador Industrial.

3.2 Marketing de redes.

3.3 Marketing de servicios.

3.3.1 Mobile Marketing.

3.3.2 Marketing Viral.

3.3.3 Marketing de Guerrillas.

3.3.4 Marketing Relacional.

3.4 Marketing no empresarial.

3.4.1 Marketing de Instituciones no lucrativas.

3.4.2 Marketing Público.

3.4.3 Marketing Social.

3.4.4 Marketing Político.

3.5 Transición del marketing 2.0 (orientado al consumidor) al marketing 3.0 (centrado en valores)

3.5.1 Escenario del marketing 3.0

3.5.2 Neuromarketing.

3.5.3 La concepción de valores en el marketing 3.0.

III. MODALIDADES DEL MARKETING

Generalidades

Las empresas u organizaciones que tengan como propósito competir con éxito en los mercados locales y mundiales están obligadas a diseñar estrategias que les permitan establecer vínculos fuertes con los actores principales de su entorno. Por lo tanto, les urge modificar su concepción y objetivo de corto plazo como empresas orientadas a la transacción, a una visión y objetivo de largo plazo como empresas que construyen relaciones. Para Kotler,⁷⁹ encontrar aliados, ganarlos y conservarlos es un problema de los responsables del marketing; es necesario dejar de ver al proveedor como adversario y al empleado como un costo y aprender a verlos, respectivamente, como socio y como cliente interno. El éxito de la empresa depende de que lleve a cabo un pensamiento de marketing efectivo en relación con todos los protagonistas importantes del entorno sea éste el proveedor, distribuidor, el usuario final, el empleado, el sector financiero, el gobierno, los aliados, los medios de comunicación y el público en general.

Otro factor a considerar es que la sociedad está permanentemente modificándose; el cliente es diferente, está más informado y tiene más posibilidades de acceder a las fuentes de información. Agregado a esto, las nuevas tecnologías resultan accesibles a grandes segmentos de la población, permitiendo nuevos grados de interactividad. Por todo ello, es un hecho que surgirán con mucha fuerza nuevos actores y nuevos grupos de interés en el panorama empresarial que determinarán las tendencias del Marketing, las que necesariamente van a incidir en el concepto de “cliente” y la manera de relacionarse con él.

⁷⁹ KOTLER. Philip, es uno de los fundadores del marketing moderno y una autoridad en esta disciplina a nivel mundial. Es autor de los más importantes libros referidos al campo del marketing y el management. La organización europea *Management Centre Europe* lo ha definido como “ el primer experto en el mundo en la práctica estratégica de la comercialización”

En consecuencia resulta imperativo considerar todos los grupos de interés para la empresa, los denominados *stakeholders*⁸⁰, quienes serán los nuevos sujetos de la actividad empresarial y los que determinarán el éxito de la gestión por su capacidad de influencia. La empresa u organización debe por lo tanto abordar su análisis, la ponderación de su poder en función de las circunstancias y la evaluación de las fortalezas y debilidades de la entidad respecto a ellos. La visión del marketing hacia los *stakeholders* será la de poder constituir con ellos compromisos eficaces y duraderos a través de los cuales se pueda garantizar el desarrollo sostenible y creciente de la empresa.

Esta visión requiere de un conocimiento previo de sus intereses y expectativas y de un diálogo permanente que permita contrastar la información recibida y emitida. La estrategia del marketing del futuro implicará que los clientes, los empleados, los proveedores, los accionistas y los ciudadanos afectados por ella puedan influir en la planificación, el desarrollo y la consecución de las políticas y objetivos, en especial de aquellos que más incidan en ellos.⁸¹

Esta moderna tendencia del marketing da lugar a muy diversas e interesantes modalidades de marketing, entre otras: marketing Industrial, de Redes, de Servicios, Viral, de Guerrillas, Relacional, Marketing no empresarial, Político, Social, Público, de Instituciones no lucrativas etc., y que se ilustrarán en el desarrollo de este capítulo con el propósito de identificar y analizar posteriormente las implicaciones jurídicas y legales a considerar en el entorno electrónico-digital que impone una cuidadosa interpretación de la regulación nacional e internacional que impida el poco favorable estado de excepcionalidad

⁸⁰ “El Enfoque Stakeholder”. Hace referencia a que la empresa ha de ser entendida no sólo ni primordialmente en función de sus dueños y accionistas, sino como una institución “socio-económica” que afronta muchas más realidades institucionales y personales. Que hay una “*base ampliada*”, un conjunto de apostantes, de depositarios, de interesados en la buena marcha de la organización. Que no sólo se arriesgan capitales (Con miras a obtener legítimos beneficios) sino que se están poniendo en juego muchas otras cosas, más o menos tangibles y “*económicas*” y que sólo desde esta concepción extensa se explica adecuadamente el fenómeno de la empresa; los requerimientos que la altura de los tiempos le impone y la posibilidad de convertirla en agente dinamizador hacia un entorno más humano. La literatura gerencial norteamericana, para referirse a esta realidad, ha acuñado este neologismo que resulta muy ilustrativo: los *stakeholder*. Literalmente podría ser traducido por “*el depositario de una apuesta*”, por alguien que tiene interés en que el juego se lleve a efecto, porque, en cualquier hipótesis o de alguna manera, algo siempre “*gana*”. En: FERNANDEZ J., y otros. *Ética del Marketing*. Unión Editorial S.A. Madrid. 1998. p.65.

⁸¹ BARRANCO. S. J. *Tendencias del Marketing*. Conclusiones. Bogotá. 2009.

que conlleva el desarrollo y consolidación de la Nueva Economía producto de la habilidad de las nuevas tecnologías de la información y comunicación para superar las fronteras territoriales.

3.1. Marketing Industrial.

La característica principal del marketing industrial es el tipo de mercados a los que se dirige y al tipo de productos a los que se les aplica los principios generales del marketing, a esta modalidad de marketing se le ha denominado en la actualidad como *Business to Business* o marketing de empresa a empresa y su finalidad es el desarrollo de relaciones de intercambio satisfactorias, estables y duraderas con los clientes.

Antes de abordar una definición y dar su relación con el *Marketing de Consumo*, es necesario delimitar unos aspectos relativos al producto industrial, que parte desde su aplicación, pues si este satisface necesidades de un particular, o su familia o de las personas que conviven en ella, será un producto de consumo; si, por el contrario, este producto se incorpora en un proceso de fabricación, es utilizado en las actividades de una empresa o es revendido por un comerciante, se tratará de un producto industrial.⁸²

Según Kastury, los clientes en los mercados industriales compran productos tales como maquinarias, químicos y materias primas, pero también adquieren computadoras personales, muebles y otros productos que, por lo general, se adquieren en mercados de consumidores, siendo ello así, este autor define el marketing industrial “ *como el marketing de bienes y servicios a empresas comerciales, Gobierno y otras instituciones sin fines de lucro, para uso en los bienes y servicios que ellos, a su vez, producen para revender a otros clientes industriales . Por el contrario el marketing de bienes al consumidor es el*

⁸² LEROUX J.C., *Industrial Marketing.*, Journal of International Marketing and Marketing Research., junio 1982., En SANTESMASES Miguel., *Marketing Conceptos y Estrategias.*, 4ª edición., ed. Pirámides., Madrid 1999., p. 812.

marketing de bienes y servicios a personas y familiares para consumo personal y a mayoristas y minoristas del sistema de distribución de bienes al consumidor”⁸³

Esta definición identifica el tipo de cliente a quien están dirigidos los mercados industriales y el uso que se da a los bienes comparados, ya que por lo general en el marketing industrial el bien es comprado para su procesamiento y consiguiente reventa, mientras que, para los mercados del consumidor, los bienes se adquieren para el uso y consumo final.

El objetivo del marketing Industrial está dirigido hacia personas, empresas, organizaciones, instituciones que no sean consumidores finales, puesto que, se adquieren los bienes y servicios para utilizarlos, transfórmalos, incorporarlos en sus procesos productivos o revenderlos.

La tecnología juega un papel importante en la venta de los bienes y productos industriales pues brinda una ventaja competitiva en sus mercados y hay gran énfasis en el mejoramiento de los productos. En los mercados industriales, rendimiento, funciones y características son de suma importancia en el diseño, fabricación y comercialización del producto, sin embargo, en mercados dirigidos al consumidor los gustos y lealtades trabajan en contra del cambio, motivos por los que una función importante del mercado industrial es la educación del cliente y el desarrollo del mercado, es decir, respecto a los consumidores, los clientes industriales no podrían, a priori, expresar valoración o entusiasmo por un nuevo producto no aprobado, y es responsabilidad del comercializador demostrar el uso y el valor del producto al consumidor. Como los productos industriales son por lo general complejos y pueden requerir un cambio en las operaciones del comprador, esto llega, después de intensas pruebas de aplicación y análisis de productividad. Muchos comercializadores industriales realmente crean y construyen un mercado para sus productos, en vez de solamente atender las necesidades existentes.⁸⁴

⁸³ COREY, E. Raymond, *Industrial Marketing Cases and Concepts*, 4ª. Edición (Englewood Cliffs, N.J.: Pertinece Hall 1991), p.11. En KASTURI Ragan y otros., *¿que es el Marketing Industrial?.*, Harvard Business School, Rev. 23 de septiembre de 1994.

⁸⁴ KASTURI Ragan y otros (1994)., et al.

3.1.1. Estructura y segmentación del mercado.

Los mercados industriales se caracterizan por su *heterogeneidad*⁸⁵. Las entidades que componen los mercados industriales pueden clasificarse de acuerdo a una gran diversidad de criterios; para Santesmases dichos criterios pueden darse de acuerdo a la actividad desarrollada, productos o servicios ofrecidos, volumen de ventas, número de empleados, inversión requerida, forma jurídica, relación con el consumidor final, etc. Como se ha mencionado, el fin del marketing industrial, es servir a la demanda de los compradores industriales. Dicho autor clasifica y agrupa los mercados industriales en cinco categorías basándose en los bienes y servicios adquiridos por las organizaciones así como en la finalidad de sus compras.

1. Empresas y cooperativas agrícolas, ganaderas o pesqueras.
2. Industrias: Extractivas, de producción de energía, Manufactureras y de la Construcción.
3. Revendedores: Detallistas y Mayoristas.
4. Administraciones Públicas: Central, Autonómicas y locales.
5. Empresas y otras instituciones de servicios: *Con fines de lucro*: entidades financieras, compañías de seguros, empresas de transporte, reparaciones, limpieza, alquiler, hostelería, comunicaciones, profesionales liberales etc., *Sin fines de lucro*: Instituciones religiosas, benéficas, centros de enseñanza, hospitales etc.

Desde el punto de vista de la heterogeneidad los mercados al consumidor pueden estar *segmentados* por factores psicológicos o sociológicos, por ejemplo: los consumidores tienen características o atributos diversos, muchos tipos de necesidades diferentes y cuando compran un producto no buscan siempre los mismos beneficios, por lo tanto, el mercado no puede ser considerado como una unidad y por ende ofertar a sus integrantes lo mismo, aún más, teniendo en cuenta la diversidad de competencia y de productos o servicios. Para el caso de los mercados industriales, éstos están segmentados por las características de la industria, cantidades compradas o requisitos técnicos, es decir, para segmentar los

⁸⁵ BERTRAND Saporta, *Marketing Industriel*. Editions Eyrolles, Paris 1989, p. 12-17. En SANTESMASSES Miguel., *Marketing Conceptos y Estrategias*., 4ª edición. ed. Pirámides., Madrid 1999., p. 809.

mercados de empresas y otras instituciones se recurre a criterios objetivos, beneficios o usos del producto, más que por las características del consumidor.

Las variables utilizadas para segmentar este tipo de mercados según Cheron⁸⁶ pueden agruparse por características:

1. De la organización del comprador.
2. Del centro de compra.
3. Del producto.
4. De la organización del vendedor.

Uno de los primeros modelos de segmentación de mercados industriales fue el de Wing y Cardozo⁸⁷ quienes planteaban la segmentación industrial en dos etapas; *la primera* trata de identificar los *macrosegmentos* sobre la base de los criterios o aspectos externos: los mercados de los usuarios finales, la aplicación del producto, el tamaño del cliente, la proporción de uso del producto, la localización geográfica. Si con la macrosegmentación los segmentos obtenidos exhiben un comportamiento significativamente diferente no es necesario proceder a una mayor división del mercado. En caso contrario, se procederá a identificar *la segunda etapa* que consiste en dividir los segmentos en otros más pequeños o *microsegmentos* tomando como criterios aspectos internos de la unidad de decisión de comprar como son: la posición jerárquica o de autoridad de la unidad de decisión, las características personales de los decisores, la importancia percibida de la compra, la etapa en el proceso de compra.

El proceso de segmentación termina con la selección del segmento objetivo sobre la base de los criterios de coste o beneficio y con la identificación del perfil o segmento elegido.

⁸⁶ CHERON E. y KLEINDSCHMIDT E., *A review of Industrial Market Segmentation Research and a proposal for an Integrated Segmentation Framework.*, *International Journal of research in Marketing.*, 2.2, 1985, p. 101-115. En SANTESMASES Mestre Miguel., *Marketing Conceptos y Estrategias.*, Ed. Pirámide., 1999 Madrid. p. 224.

⁸⁷ WIND Yoram y CARDOZO Richard., *Industrial Marketing Segmentation.* *Industrial Marketing Management.* 3. 1974. En SANTESMASES et al., p. 153-166.,

Otra modalidad de segmentación para los mercados industriales es la propuesta por Shapiro y Bonoma⁸⁸ quienes plantean un modelo con enfoque multietápico según la dificultad o complejidad en identificar los criterios de segmentación.

1. *Demográficas*: tipo de empresa, tamaño, localización, etc.
2. *Operativas*: uso del producto, tecnología de la empresa, etc.
3. *Enfoques de compra*: organización de la función de compra, estructuras de poder, relaciones comprador-vender, políticas y criterios de compra.
4. *Factores de situación*: urgencia en el cumplimiento del pedido, aplicación del producto y tamaño del pedido.
5. *Características personales del comprador*: aversión al riesgo, meticulosidad, etc.

3.1.2 La demanda Industrial.

La demanda en los mercados industriales se distingue por ser una demanda derivada, volátil, inelástica y de mayor volumen unitario.

*Demanda derivada*⁸⁹: La demanda de productos industriales, dependen de la demanda primaria o para el consumo final (bienes al consumidor). Las preferencias del consumidor, los ciclos económicos y las tendencias sociales afectan los mercados industriales al influir en la demanda del consumidor final, los consumidores pueden adecuar más rápidamente los hábitos de compra que las firmas industriales, que generalmente dependen de la tecnología o maquinaria que no puede ser fácilmente adaptada para cumplir las más recientes tendencias del mercado. Como resultado las firmas industriales deben comprar anticipando las condiciones económicas y de mercado, por lo tanto, tienen una orientación a largo plazo.

Para Santesmases la *Demanda volátil* es el carácter dependiente de la demanda industrial tiene como consecuencia unas mayores fluctuaciones que se producen tanto ante un aumento como ante una disminución de la demanda primaria. En caso de aumento, la

⁸⁸ SHAPIRO Benson y BONOMA Thomas. *How to segment industrial markets*. Harvard Business Review, 62,3, 1984. En SANTESMASES et al. p. 104-110

⁸⁹ KASTURI RANGAN y otros., *¿Qué es el Marketing Industrial?*. Harvard Business School., septiembre 1994

superior variación de la demanda industrial tiene lugar al sumarse a las compras de reposición las provocadas por el aumento de la demanda final y en el caso de una disminución de la demanda industrial es mayor por la cancelación de las compras de reposición que provoca una disminución de la demanda primaria.

Demanda inelástica. Al tratarse de componentes que no sean fácilmente sustituibles o representan una pequeña fracción del coste del producto final, es decir, un esfuerzo promocional o una reducción de precio, pueden no tener efecto si la demanda del producto va ligada a un proceso industrial.

Demanda Concentrada: al tratarse de un número de compradores reducidos, permitiendo canales de distribución directos y cortos, siendo la venta personal un instrumento preferible de promoción.

Demanda de elevado volumen unitario. Los bienes adquiridos por las organizaciones a diferencia de las compras realizadas por los particulares son de mayor volumen, tanto en cantidad como en valor monetario.

3.1.3 El comprador industrial.

Al tratarse de un alto nivel monetario, en el que intervienen un elevado número de personas y por su naturaleza técnica, el proceso de compra es complejo, largo y duradero.

El criterio de evaluación de compra del comprador industrial es más racional, pues este valora la oferta global, con un interés especial en la asistencia técnica, la formación, los precios, la calidad del producto, plazos de entrega y las condiciones financieras para adquirir el producto. Para Santesmases el comprador industrial es en ocasiones el iniciador de la relación de intercambio, lo que supone una inversión de los papeles tradicionales del vendedor y el comprador, así como un cambio de poder en la relación cliente/ proveedor y le ha denominado *marketing inverso*.

La relación entre el mercado industrial y en el de consumo, es que en el primero pone mayor énfasis en la investigación del mercado de consumo para la obtención de

información ya sea sobre tamaño, estructura, potencial, participación, tendencia del mercado y deja de lado aspectos psicológicos del comportamiento de los consumidores, sin embargo, tanto la finalidad del mercado de consumo como el del mercado industrial es la de diseñar estrategias de producto, precio, distribución y promoción que permitan alcanzar los objetivos previstos.

La investigación del mercado industrial tiene ventaja frente a al mercado de consumo, ya que, se dispone de información de tipo secundario sobre, clientes potenciales, acceso a estadísticas, directorios, diferentes publicaciones, ranking, que tienen un coste reducido, sin embargo, para acceder a información sobre los consumidores finales se deben realizar una serie de actividades como encuestas y su coste es más elevado.

En la actualidad y después de varias investigaciones, se ha considerado que el marketing industrial tiene escasa presencia, para Muñiz González es un marketing mimético,⁹⁰ ya que el existir declaraciones manifestando que el “cliente es el rey”, o que se asista a múltiples ferias con stands de ensueño o que se tengan catálogos y videos de diseño, no significa que exista detrás una política de demanda como modelo de gestión, ha sido considerado como una técnica más y concluye diciendo que no se ha comprendido que hablar de marketing es hablar de fondo, no de formas.

El marketing es una filosofía de empresa, es una forma de entender el negocio, es una forma de ser, que vive al cliente como centro del negocio y el marketing industrial es, según Muñiz González, gestionar desde esa mentalidad una empresa industrial. Si esto no llega hasta las entrañas, todo lo que se haga se queda en la epidermis, no se hace una gestión centrada en el cliente.

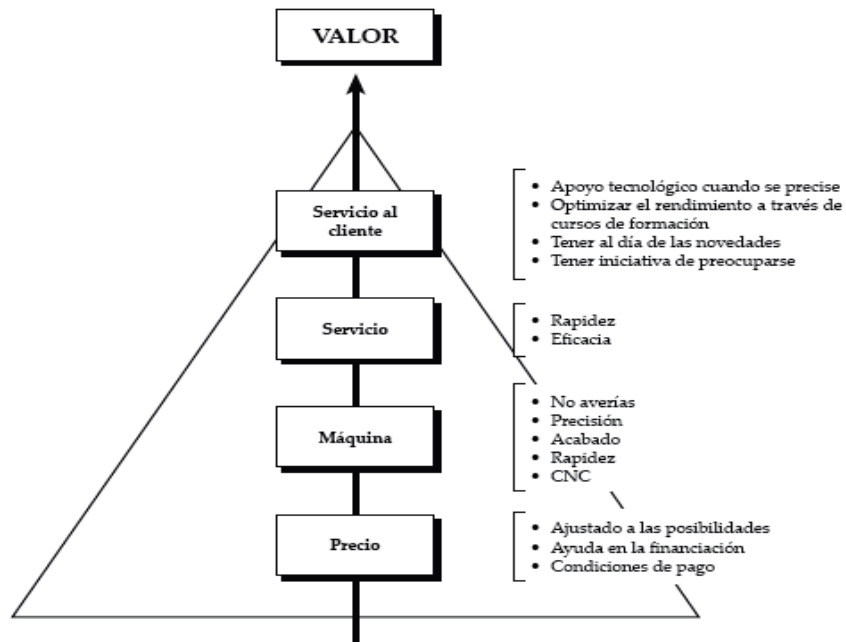
Pirámide de percepción de valor del usuario de la máquina -herramienta⁹¹ es una pirámide que el usuario recorre en la medida en que se siente satisfecho, ya que la diferenciación ya no se encuentra en el usuario, ni en la máquina, ni en el precio y casi ya

⁹⁰MUÑIZ GOZÁLEZ Rafael., *Marketing del siglo XXI.*, 3 edición. Centro Estudios Financieros, 2010 www.marketing-xxi.com, 17:09H.

⁹¹MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael., *op. cit*

ni en el servicio técnico, la diferenciación está solo en la relación. Como se ilustra en la figura 3.1.

Fig. 3.1. Pirámide de percepción de valor del usuario.



Fuente: MUÑOZ GONZÁLEZ Rafael., *Marketing del siglo XXI.*, 3edición. Centro Estudios Financieros, 2010. www.marketing-xxi.com.

La figura 3.1 busca describir la percepción de cada consumidor o usuario en cada escalón; se trata de una pirámide que el usuario recorre en la medida en que se siente satisfecho en cada escalón; si no encuentra satisfacción el usuario retrocede o baja el escalón y permanece ahí hasta que sus expectativas estén satisfechas y reinicia el recorrido.

El recorrido inicia con el precio, si éste encaja con sus posibilidades sube al siguiente peldaño; la máquina, es aquí donde el cliente valora el modelo que mejor se ajuste a su trabajo, recurre a las marcas de las que tiene buena referencia e imagen y hace una elección; concluido este paso subirá al peldaño superior el servicio, en este escalón se analiza cómo se dará solución en caso de presentarse algún problema; es aquí donde frecuentemente se hace que las marcas de gran prestigio sean descartadas; una vez elegido el proveedor sube el siguiente peldaño servicio al cliente, si éste satisface el usuario o

cliente permanecerá fiel a sus servicios, de lo contrario podrá seguirlo eligiendo pero ya no habrá una fidelidad (el servicio técnico hace que el usuario elija a un proveedor, el servicio al cliente hace que le sea fiel).

Concluye Muñiz afirmando que sólo podrá haber marketing industrial si existe el profesional relacionador - el closer - sólo este profesional sabrá estar en último escalón en el que todo es sutil, intangible, subjetivo, pero donde el usuario percibe la auténtica diferenciación.

3.2. Marketing de Redes.

Las relaciones interorganizativas es un tema actual de investigación del marketing, tanto a nivel académico como práctico. Como menciona Alcañiz⁹² en la era de la Sociedad de la Información, el ahorro de costes, el aumento de la productividad, la mejora de la calidad de la prestación de servicios y una mayor fidelización de los clientes, son los principales motivos que fomentan en las empresas e instituciones la adopción creciente de la prestación electrónica de servicios, gracias a la tecnología en Internet.

Por ello, Internet constituye una fuente de información flexible que proporciona al ámbito empresarial cantidades de información, permitiéndole aumentar su capacidad de coordinación y cooperación, aunar eficacia y eficiencia, optimizando la gestión integrada de las relaciones interorganizativas.

Las nuevas tecnologías y especialmente la influencia de Internet en las relaciones entre empresas, conlleva la aceptación de un nuevo concepto de marketing, dentro del enfoque relacional, denominado “*marketing de redes*”⁹³, refiriéndonos igualmente a “*marketing multinivel*”, “*Network marketing*”, “*marketing directo de red*”, “*redes de mercado*”, siendo todos estos términos sinónimos.

⁹² BIGNÉ ALCAÑIZ J.E y otros., *El marketing de redes y los mercados electrónicos.*, En GUTIÉRREZ ARRANZ Ana María., *Marketing en Internet, Estrategia y empresa.*, Ed. Pirámide., Madrid 2005., pp. 143-173.

⁹³ COVIELLO, N., Milley R., *Understanding IT- enabled Interactivity in Contemporary Marketing.*, *Journal of Interactive Marketing.*, vol 15, num 4., p. 18-33., En BIGNÉ Alcañiz J.E., p. 143 et al. 2001

Términos que enfatizan las interconexiones empresariales, cuyo impulso se ve favorecido por la aparición de los mercados electrónicos cerrados (MEC o *e-Marketplace*), definidos como plataformas *online* de transacciones empresariales para compradores y vendedores. De acuerdo con Rodríguez de las Heras⁹⁴ un mercado electrónico cerrado (MEC) es un entorno electrónico, es decir, un conjunto de nodos, redes, sistemas de información y aplicaciones informáticas que permiten la realización de transacciones entre los operadores económicos que sean miembros, conforme a unas reglas y bajo la gestión centralizada de una entidad (gestora) que supervisa, organiza y administra el mercado. Son mercados, formados por el cruce de oferta y demanda, donde realiza transacciones comerciales, que se construyen, eso sí, sobre un nuevo soporte: *el soporte digital*.

Los MEC son frecuentemente utilizados, con expectativas de gran expansión en el comercio electrónico entre empresarios, sus transacciones son desarrolladas principalmente mediante la contratación electrónica, compartiendo entre las empresas ventajas e inconvenientes, riesgos y potencialidades, caracteres estructurales y pautas de funcionamiento, en conclusión los MEC representan una de las formas posibles de comercio electrónico entre empresarios.

La utilización de los mercados electrónicos como plataformas de comercio entre empresas trasciende la naturaleza de la empresa y acerca a la misma en un concepto interorganizacional, integrando su cadena de valor con la de sus proveedores y clientes.⁹⁵ A diferencia de la tecnología EDI⁹⁶(*Electronic Data Interchange*), que contribuye a mantener las relaciones interorganizativas existentes, los mercados electrónicos facilitan la búsqueda de compradores y vendedores. Por ello, aunque el EDI permite a las empresas conseguir objetivos estratégicos al facilitar la gestión operativa de las relaciones

⁹⁴ RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, , Teresa., *El Régimen Jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplace)*, Ed. Marcial Pons., p. 67, Madrid 2006

⁹⁵ JOO, Y. B y KIM, Y.G. *Determinants of corporate adoption of e- marketplace: an innovation theory perspective.*, *Journal of Purchasing & supply Management*, vol 10., pp. 89-101., En BIGNÉ Alcañiz J.E., p. 143 et al. 2004.

⁹⁶ La tecnología EDI, conforme con el documento de la Comisión Europea, *Presentación del EDI(Electronic Data Interchange)*, EUR 11883 ES, 1989, P. 12, destaca las características de normalización del mensaje, intercambio de datos entre sistemas informáticos a través de medios electrónicos y mínima intervención humana: intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en las transacciones comerciales con reducción al mínimo de la intervención manual.

comprador- vendedor, los mercados electrónicos poseen un carácter más estratégico y fomentan una mayor interacción entre las empresas.⁹⁷

Desde la perspectiva histórica, el primer modelo de comercio electrónico entre empresarios es el estructurado a través de la tecnología EDI. En gran medida los MEC son una maduración de los sistemas EDI. Esta modalidad de intercambio de información, permite la comunicación entre los diferentes operadores a través de la estandarización de los mensajes permitiendo así las puestas en contacto de empresas con sistemas informáticos de gestión o facturación diferentes, con un importante elemento de automatización dada la minimización de la intervención humana.⁹⁸

La utilización de ésta tecnología presentó grandes desventajas tales como; su poca funcionalidad para tomar decisiones, pues es un medio que automatiza tareas pero con escasa información para la toma de decisiones, igualmente se observó que presenta limitaciones respecto a la información, pues esta tecnología permitía solo la transmisión de información básica sobre el producto o servicio sin posibilidad de dar una información más detallada u ofrecer mecanismos de valor agregado; su estructura es bilateral⁹⁹ la instalación de un sistema EDI entre dos o más empresas requería la implementación conjunta por parte de todos los candidatos de las conexiones. Esta tecnología punto a punto¹⁰⁰ acarrea un número considerable de desventajas respecto a otros modelos, en los que se basa un MEC y finalmente al tratarse de un sistema que se realiza a través de redes privadas implican elevados costes de infraestructura y hace ilimitada su penetración especialmente para pequeñas y medianas empresas.

La red como medio mundial de comunicación desplaza la relación empresarial surgida con el EDI al entorno de la Web; surgiendo las primeras iniciativas de comercio

⁹⁷ PIRES, G. D y AISBETT, J. *The Relationship between technology adoption and strategy in business-to-business markets.*, Industrial Marketing Management, vol 32, num. 4, pp. 291-300. 2003. En: BIGNÉ Alcañiz J.E., p. 143 et al.

⁹⁸ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Teresa., *El Régimen Jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplace)*., Ed. Marcial Pons., p. 45, Madrid 2006.

⁹⁹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Teresa., op. cit. p. 46.

¹⁰⁰ La aplicación EDI se implementa a través de redes punto a punto, propiedad de las empresas participantes o alquiladas a grandes operadores de telecomunicaciones. La implantación y mantenimiento de estas redes privadas son muy costosas, que su uso se reduce a grades operadores que puedan recuperar su inversión. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Teresa., *op. cit.*

electrónico dada la abundante información, la estructura de contenido comercial y el ánimo promocional, caracterizándose inicialmente por ser transacciones bilaterales que responden a necesidades puntuales y a corto plazo. Internet brinda a las empresas una considerable reducción de costes en materia de infraestructura y promueve el traslado de las funciones informativas y de marketing a la Web¹⁰¹. El auténtico traslado de la actividad comercial al entorno electrónico se produce con la aparición de los MEC y las comunidades de negocio encuentran en la red una réplica funcional de su estructura multilateral y sistemática.

El marketing de redes surge como medio de gestión de las relaciones interorganizativas, coordinando las actividades entre múltiples partes para obtener beneficios mutuos e intercambio de recursos. Este término está avalado por el Industrial Marketing and Purchasing Group (Grupo IMP)¹⁰². Santesmases (1996), define la venta multinivel, como *“un sistema de distribución y venta directa de productos de consumo y servicios por medio de una red de distribuidores individuales independientes sin establecimiento que venden a sus clientes particulares: familiares, vecinos y amigos. Los distribuidores hacen un proselitismo intensivo para convencer y ayudar a otros para que hagan lo mismo: vender en plan particular y convencer y auspiciar a otros que se integran en la red. Cada miembro de la red recibe un porcentaje importante de su venta al detalle y un rappel o royalty de los que venden todos los que han incorporado en la red que él ha generado”*.

Otra definición es la establecida por la Ley 7/1996 (enero 15) de Ordenación del Comercio Minorista, reformada por la ley 29/2009 (diciembre 20) 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. Artículo 22.1 *“La venta multinivel constituye una forma especial de comercio en la que un fabricante o un comerciante mayorista vende sus bienes o servicios a través de una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes,*

¹⁰¹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Teresa., op. cit.

¹⁰² Grupo académico Internacional creado hacia la mitad de los años setenta., centrándose en el marketing Industrial, el grupo IMP propugna un modelo de interacción basado en los intercambios y adaptaciones entre las empresas, así como la colaboración y cooperación entre participantes. www.impgroup.org, 17:59H

pero coordinados dentro de una misma red comercial y cuyos beneficios económicos se obtienen mediante un único margen sobre el precio de venta al público, que se distribuye mediante la percepción de porcentajes variables sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los vendedores integrados en la red comercial, y proporcionalmente al volumen de negocio que cada componente haya creado”

Las principales aportaciones de este modelo se centran en su dinamismo, interdependencia y conectividad, donde Internet desempeña un papel principal por ser el elemento integrador vital de la gestión de las relaciones interorganizativas. Según Bigné Alcañiz¹⁰³ la globalización de la competencia, la complejidad y los cambios tecnológicos, los mercados electrónicos, el incremento de la interdependencia y la conectividad configuran un entorno competitivo donde se hace necesario que la empresa adopte la filosofía del marketing de redes. El marketing de redes revela pues un enfoque de marketing centrado en las interacciones entre empresas. Igualmente afirma que el marketing de redes considera la existencia de múltiples interacciones entre las organizaciones que constituyen una red centrandose su atención en las conexiones de dichas relaciones y la cooperación entre las empresas las cuales se ilustran claramente en la Tabla 3.1 que recoge los diversos enfoques del marketing desde la perspectiva transaccional fundada en bases de datos hacia un enfoque relacional basado en Internet.”

La investigación en el ámbito del marketing ha evolucionado dejando de ser solo utilizada para relaciones individuales y avanzando hacia una estructura más amplia como consecuencia de la conectividad reconociendo que las relaciones no existen de manera aislada e independiente. El marketing de redes ha tomado un gran impulso con las nuevas tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs). La inmersión del comercio electrónico en las relaciones inter-organizativas y la complejidad de los mercados dinámicos hacen que las empresas planteen relaciones a largo plazo con sus clientes y proveedores mediante vínculos tecnológicos con el fin de obtener ventajas competitivas.

¹⁰³BIGNÉ Alcañiz J.E y otros., *El marketing de redes y los mercados electrónicos.*, En: GUTIÉRREZ ARRANZ Ana María., *Marketing en Internet, Estrategia y empresa.*, Ed. Pirámide., Madrid 2005., p. 145.

Tabla 3.1. Enfoques del Marketing y clasificación según las dimensiones de intercambio y Gestión.

	Marketing transaccional	Marketing fundado en bases de datos	Marketing electrónico	Marketing Interactivo	Marketing de redes
Objeto de intercambio	Transacción Económica	Información y Transacción económica	Información y generación de dialogo entre un vendedor y muchos compradores identificados	Relaciones interpersonales entre un comprador y un vendedor	Relaciones conectadas entre empresas
Naturaleza de la comunicación	Empresa a mercado de masas	Empresa a un segmento objetivo o individuos	Empresa utiliza tecnología para comunicarse con y entre muchos individuos (quienes pueden formar grupos)	Individuos con individuos (entre organizaciones)	Empresas con empresas (implicando a individuos)
Tipo de Contacto	Impersonal	Personalizado (aunque distante)	Interactivo (vía tecnología)	Interpersonal (próximo, basado en el compromiso, confianza y cooperación)	Impersonal- Interpersonal (abarcando desde lo distante a lo próximo)
Duración del Intercambio	Puntual	Puntual y a lo largo del tiempo	Continuo (pero con interactividad)	Continuo y adaptación mutua	Continuo (estable aunque dinámico)
Formalidad del Intercambio	Formal	Formal (aunque personalizado vía tecnología)	Formal (aunque personalizado vía tecnologías interactivas)	Formal e informal (a nivel de negocio y a nivel social)	Formal e informal (a nivel de negocio y a nivel social)
Enfoque de gestión	Producto o marca	Producto/marca y clientes	Control de las relaciones con ayuda de las TIC entre empresa y muchos individuos	Relaciones entre individuos	Relaciones conectadas entre empresas (en una red)
Objetivo de la gestión	Atraer clientes para satisfacerle y obtener ganancias	Retención del cliente(para satisfacerle, incrementar beneficios, mayor lealtad, reducir riesgos)	Creación de un dialogo basado en las TIC.	Interacción (para establecer, desarrollar y facilitar una relación cooperativa para beneficio mutuo)	Coordinación (interacción entre vendedores, compradores y otras partes entre diversas empresas para obtener beneficios mutuos, intercambio de recursos y acceso al mercado)
Inversión de la gestión	Activos de marketing internos (centrándose en el producto/servicio, precio, distribución y comunicación)	Activos de marketing internos (enfaticando las capacidades de tecnologías de información y bases de datos)	Activos de gestión internos (TIC, Web, logística) integración de sistemas de funcionamiento.	Activos de mercados externos (centrándose en el establecimiento y desarrollo de relaciones con otros individuos).	Activos de mercados externos (centrándose en el desarrollo de la posición de las empresas en una red de empresas)
Nivel de gestión	A nivel funcional (Ej. Director de ventas, o de productos)	Especialistas (Ej. Directos de servicio al cliente, o de fidelización)	Especialistas de marketing con especialistas de tecnología)	Empleados y directores (desde diferentes funciones y niveles en la empresa)	Gerentes.

Fuente: COVIELLO, N., MILLEY R. (2001)., *Understanding IT-enabled interactivity in contemporary marketing. Journal of Interactive Marketing*, Vol. 15, núm. 4, pp. 19-33. En GUTIÉRREZ ARRANZ Ana María., *Marketing en Internet, Estrategia y empresa.*, Ed. Pirámide., Madrid 2005., pp. 147-148.

3.3 Marketing de Servicios.

El concepto central de marketing se desarrolla en el sector de productos de consumo masivo, ya que las técnicas, herramientas, conceptos y enfoques de gestión comúnmente utilizados, responde a las necesidades que plantea la comercialización de este tipo de productos; para González, al actuar sobre el mercado de productos se debe utilizar las mismas estrategias y herramientas de trabajo que si actuara en una de servicios, su única diferencia radica en la *adaptación*¹⁰⁴ que se hiciera de éstas al sector específico.

Dada la confusión que se presenta entre producto y servicio, debe realizar una diferenciación de los mismos, pues el concepto de servicio- utilizado anteriormente al citar conceptos básicos del marketing- puede llegar a confundirse con el elemento complementario y de atención que lleva anejo todo producto e incluso todo servicio (el principal elemento diferenciador es la intangibilidad de los servicios) por eso, la experiencia aconseja decir *valor añadido*¹⁰⁵aportado a un producto, en vez del servicio que tiene determinado producto.

Las características de los servicios constituyen el principal motivo que justifica un marketing específico para cada uno de ellos. Partiendo de la interdisciplinariedad del marketing, la aplicación, difusión y expansión del marketing a los servicios es cada vez mayor dada las características de diferenciación de los servicios, su importancia económica, el dinamismo del sector, el incremento de la competencia, la demanda exigente y segmentada, la industrialización de los servicios y el avance tecnológico.

¹⁰⁴Los compradores de productos y servicios actúan movidos por las mismas motivaciones básicas: seguridad, economía, confort, etc. Las diferencias entre un mercado y otro, son solo de matices y diferencias operativas, no conceptuales. En consecuencia, las mismas técnicas que se utilizan para vender bebidas o automóviles pueden utilizarse para vender gestiones financieras o seguros, sin embargo, el profesional del marketing, debe ser consciente de que la utilización de las diferentes herramientas de trabajo debe ser acorde al mercado y sector en que operemos, por ello la diferencia entre *adoptar*, frente a la errónea de *adaptar*. En: MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael., *Marketing del siglo XXI*, 3edición. www.maketing-xxi.com.

¹⁰⁵El ejemplo más es el Corte Ingles, que cuenta con una clientela fiel tanto en su cartera de productos (electrodomésticos, muebles, supermercado, moda...), como en su cartera de servicios (agencia de viajes, seguros, informática...)ya que el servicio, mejor dicho, el valor añadido que aporta (atención al cliente, parking, financiación, horario flexible, devolución de dinero...), hace que el mercado lo valore positivamente, por tanto, las estrategias de marketing que realiza el Corte Ingles son idénticas tanto para la venta de sus productos como para la venta de sus servicios. En: MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael. *et al*

Desde el punto de vista del consumidor, los bienes y los servicios son similares en ciertos aspectos. Los consumidores no compran los productos (bienes o servicios), por sí mismos, sino por los beneficios que se adquieren tras su uso y su consumo. La intangibilidad por su naturaleza, es la característica principal de los servicios propiamente dichos, con independencia que vengan unidos o acompañados a bienes tangibles. Según Santesmases los usuarios de servicios han de estar convencidos del valor de los mismos para adquirirlos, pero a diferencia de los bienes, resulta imposible probar los servicios antes de utilizarlos. Además, muchos servicios son de duración limitada, con un periodo de vida definido. En los bienes tangibles, en cambio, la prueba del producto es casi siempre posible. Debe procurarse por tanto encontrar medios de recordar constantemente el valor y la necesidad de los servicios prestados.

El marketing de servicios es complejo y para lograr una efectividad es necesario que se investigue y comprenda las actitudes, motivaciones y comportamientos de los usuarios de los servicios. Las características principales diferenciadoras son para Muñiz González.

- La no estandarización de los servicios, ya que es casi imposible que se repitan dos servicios iguales. La variabilidad¹⁰⁶ de la presentación de los servicios hace más compleja su estandarización e implica una mayor dificultad en el control de la calidad de los mismos.
- No se puede probar por lo que tampoco devolver si no te gusta.
- La inseparabilidad, como consecuencia de intangibilidad, implica que los servicios no pueden separarse de quien los presta, es decir, la producción va unida al consumo y ambos tienen lugar de forma simultánea.
- Citando a Santesmases los bienes pueden ser producidos, vendidos y consumidos, mientras que los servicios, son primero vendidos y luego producidos y consumidos simultáneamente. Esto impide una producción centralizada y en masa de los servicios, como es posible con los productos tangibles. Esta característica requiere un sólido conocimiento de las necesidades, características, comportamientos,

¹⁰⁶SANTESMASES Miguel., *Marketing Conceptos y Estrategias.*, 4ª edición., ed. Pirámides., Madrid 1999., p. 489.

preferencias, actitudes e intenciones de los usuarios potenciales, por tanto es necesario utilizar una profunda investigación comercial en el marketing de servicios.

- Los servicios no se pueden ni almacenar ni transportar por lo que tampoco intercambiar.
- Los servicios, en principio, son perecederos ya que deben utilizarse para el momento que fueron previstos y no posteriormente. Es decir, el servicio caduca y está ligado a la demanda que debe realizarse de modo regular.
- En los servicios, la empresa está en contacto directo con el cliente, en los productos, difícilmente se da este hecho.
- El cliente participa en la producción de los servicios, en los productos no. Pongamos el ejemplo de un viaje, nuestra actitud en el mismo hace que el resultado pueda ser diferente.
- Los servicios son difíciles de valorar, por ello en la presentación de ofertas pueden existir grandes diferencias, principalmente de precios.
- La gestión de los servicios es más problemática que la de los productos.

Como información complementaria, y dada la importancia que tiene el sector servicios en cualquier país que tenga una economía consolidada, se dará una aproximación conceptual de algunas de las últimas tendencias de marketing de servicios como: *Mobile marketing, Marketing viral, Marketing de guerrillas, Marketing Relacional*.

3.3.1. Mobile Marketing.

Las comunicaciones móviles están promoviendo nuevas formas de comunicación tales como, los mensajes cortos, la mensajería instantánea, el envío de fotos etc. Tornándose en una herramienta de marketing con mayor futuro y recorrido que al estar integrado a la vida del consumidor, le permite comunicarse, escuchar música, consultar el correo electrónico, etc.

La telefonía móvil como canal de marketing se observa a comienzos de julio de 2007 y en muchos medios de comunicación se publica que la telefonía móvil alcanza los

3.000 millones de usuarios, es decir, que un tercio de la población mundial tiene acceso a un teléfono móvil, y para finales de 2008 se esperaba su ampliación a la mitad de la población, en el 2011, el 71 por ciento de la población mundial. Esto supone alrededor de cinco mil millones de personas, utilizan teléfono móvil. Pocos inventos en la historia han tenido semejante acogida, difusión y propagación en la población mundial constituyéndose en un elemento indispensable para toda la población.

Desde esta perspectiva, el desarrollo del marketing a través de la telefonía móvil está adquiriendo mucha importancia, debido a las múltiples facilidades que ofrece, es una herramienta que siempre está junto al cliente y permite una comunicación instantánea con respuesta inmediata.

En noviembre de 2009, la Mobile Marketing Association (MMA) unifica la definición de Mobile Marketing señalando que es un conjunto de prácticas que permiten a las organizaciones comunicarse y conectarse con su audiencia en una manera relevante e interactiva a través de cualquier dispositivo o red móvil. Sánchez Guzmán¹⁰⁷ afirma que el marketing móvil es fundamentalmente aquella actividad dedicada al diseño, implantación y ejecución de acciones de marketing realizadas a través del teléfono móvil. Otras posturas no lo limitan solo a teléfonos móviles, sino que amplían su funcionalidad a otros dispositivos móviles¹⁰⁸ por ejemplo¹⁰⁹.

- Teléfonos móviles: Terminal móvil de telefonía que permite la comunicación vía voz, mensajes de texto, mensajería multimedia, son soportes con pequeñas pantallas cómodos y muy manejables.

¹⁰⁷SÁNCHEZ GUZMÁN, *Los fundamentos del Marketing*, Grupo conecta, Madrid 2005., En: DE BERNARDO González Martín y BEUGAMINI Prieda Tiziana., *Marketing móvil, una herramienta de comunicación.*, Ed. Netbiblo S.L., pp. 24-48., España 2007.

¹⁰⁸Un dispositivo móvil es un soporte digital portable de pequeño tamaño, con algunas capacidades de procesamiento, móviles o no, con conexión permanente o intermitente a una red, con memoria limitada, diseñados específicamente para una función, pero que pueden llevar a cabo otras funciones más generales.http://es.wikipedia.org/wiki/Dispositivo_m%C3%B3vil

¹⁰⁹En DE BERNARDO González Martín y BEUGAMINI Prieda Tiziana., *Marketing móvil, una herramienta de comunicación.*, Ed. Netbiblo S.L., pp. 24-48., España 2007.

- Los PDA (Personal Digital Assistant): Se han convertido en una extensión de los ordenadores personales, lo que los distingue es la ausencia de disco duro, que son sustituidos por pequeñas tarjetas de memoria.
- Los I-PODS: Son reproducciones digitales de música con un pequeño disco duro. Poseen una interfaz de fácil utilización.
- EL SMARTPHONE: Un teléfono móvil con funcionalidades reducidas de PDA, o lo que es lo mismo: el Smartphone, un dispositivo móvil que es ante todo un teléfono móvil pensado para ser manejado con una sola mano y sin la clásica pantalla táctil de una PDA. Lo que hace que un Smartphone pueda ser considerado algo más o mucho más que un teléfono móvil es un sistema operativo y un conjunto de aplicaciones basadas en Microsoft orientadas a lo que se conoce como gestión de la información personal (*Personal Information Management*), es decir, correo electrónico, navegador, mensajería instantánea, contactos, tareas, etc.¹¹⁰

De acuerdo con González Martín el marketing móvil puede ser considerado igualmente como una forma de interactuar con los clientes mediante el teléfono móvil creando afinidad y generando valor a través de una transacción económica. Es la acción de promover, incentivar y/o despertar interés de un usuario en un producto o servicio, con el objeto de informar, comunicar y obtener un estímulo determinado. Es finalmente una actividad dedicada al diseño, implantación y ejecución de acciones de marketing orientadas a la movilidad y localización temporal del ser humano en la actualidad.

En conclusión, el marketing móvil o Mobile marketing es un medio que ofrece innumerables posibilidades de desarrollo del marketing dada la proximidad casi inmediata con el cliente; es una herramienta utilizada por las generaciones más jóvenes, ya que para estos el teléfono móvil es mucho más que un medio de comunicación, convirtiéndose en parte de sus vidas y un medio de representación de su imagen social. Al tratarse de un elemento personal cualquier modalidad de comunicación intrusiva provoca un mayor rechazo en comparación de otros medios, por lo tanto, el desarrollo del marketing móvil

¹¹⁰<http://www.idg.es>

debe estar ligado al marketing con permiso o *permission marketing*¹¹¹ que consiste en obtener siempre el permiso expreso del cliente o futuro cliente para iniciar cualquier relación o comunicación con este. Al tratarse de estrategias de marketing intrusivas debe aplicarse fielmente los requisitos establecidos en el Ley Orgánica de protección de datos (LOPD) y respetar los procesos de *Opt.-in* (aceptación explícita a participar en...) y *Opt.-out* (ofrecer posibilidades de darse de baja.)¹¹²

Respecto del envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, el artículo 21 LSSICE establece la prohibición de enviar comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica-digital equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas, es decir, en España se establece el llamado sistema *Opt-in*. La normativa comunitaria también acoge esta restricción en el artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas-digitales estableciendo que solo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), Fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo. Esto es, que la regulación española se aplicará a todos los servicios de la sociedad de la información, incluyendo no solo los correos electrónicos, sino también los mensajes de móvil, elemento esencial para que las empresas puedan desarrollar el e-commerce como una gran oportunidad para las empresas de marketing y específicamente e-marketing.¹¹³

Por lo anterior se concluye que el destinatario de las comunicaciones comerciales no solicitadas a través del móvil deberá haber otorgado su consentimiento. No obstante el

¹¹¹ término acuñado por Seth Godin (ex vicepresidente de de marketing de Yahoo!, en su libro del mismo nombre, recientemente traducido al español (“El Marketing del Permiso”, Ed. Granica, 2001), y supone un concepto verdaderamente original y que entronca con la filosofía del Customer Relationship Management (CRM)), que se utiliza tanto en marketing de manera general como en e-marketing en particular. Se basa en el principio de que los consumidores primero deben dar su permiso (*opt-in*) en vez de rechazar (*opt-out*) después de que la publicidad haya sido enviada. Todo ello logra un uso más eficiente de recursos, ya que los promocionales no son enviados a personas que no están interesadas en el producto. Es una técnica basada de alguna manera en la orientación del marketing personal, es decir en el concepto de marketing uno-a-uno, a diferencia de las conceptos masivos o a escala como la segmentación del mercado o mercado target. En http://www.ie.edu/Enrique_Dans/

¹¹² En DE BERNARDO GONZÁLEZ Martín y BEUGAMINI PRIEDA Tiziana., *Marketing móvil, una herramienta de comunicación.*, Ed. Netbiblo S.L., pp 24-48., España 2007.

¹¹³ GUILLEN CATALÁN Raquel., *La protección de los destinatarios del spam a través de la telefonía móvil: Una visión práctica.* BIB 2010/1142. Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías num.23 Pamplona 2010.

mismo puede haberse recabado por las empresas a través de distintos procedimientos promocionales¹¹⁴ que van desde casillas marcadas previamente¹¹⁵, hasta la solicitud del e-mail de confirmación de registro¹¹⁶, pasando por las llamadas casillas seleccionables¹¹⁷. No obstante, se debe señalar que, en la mayoría de ocasiones los destinatarios de las comunicaciones comerciales son los clientes de las empresas remitentes, ya que uno de los activos de mayor importancia con los que cuentan las empresas para promocionar sus productos y servicios son los datos de carácter personal de sus propios clientes, entre otros, el número de teléfono o móvil. Este habitual supuesto conlleva la omisión del requisito de solicitar el consentimiento expreso de los destinatarios de las comunicaciones comerciales de uso frecuente en las distintas modalidades de marketing que establece el párrafo segundo del artículo 21 LSSICE.¹¹⁸ Concretamente señala dicho artículo que la citada excepción se aplicará cuando exista una relación contractual previa con la empresa remitente¹¹⁹ siempre que se 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 cliente¹²⁰ y además, en todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la

¹¹⁴ GAUTHRONET S. Y DROUARD, É., *comunicaciones comerciales no solicitadas y protección de datos*. Resumen de las conclusiones del estudio de la Comisión de las Comunidades Europeas. Enero-2001. p.7. Disponible en: http://www.ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/studies/spamsum_es.pdf

¹¹⁵ La citada técnica no garantiza el consentimiento expreso del cliente para recibir comunicaciones comerciales, puesto que puede darse el caso que se hubiera saltado la línea donde aparece el citado recuadro sin haberla leído y, además, muestra la deslealtad del comerciante. En: GUILLEN CATALÁN Raquel. *op. cit.*

¹¹⁶ Este método consiste en que el destinatario manifieste dos veces su deseo de ser incluido en las listas de la empresa anunciante confirmando posteriormente su inscripción mediante el envío de un mensaje automático a su buzón, cuya finalidad es asegurarse de que ha sido el propio usuario quien se ha suscrito.

¹¹⁷ A través de esta práctica se le concede la posibilidad al internauta de marcar una u otra casilla dependiendo si desea o no recibir mensajes comerciales.

¹¹⁸ Dicha excepción fue introducida por la Ley 32/2003 de Noviembre 3, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT), puesto que, antes de su modificación, la citada ley no permitía a las empresas la remisión de publicidad por vía electrónica sin consentimiento expreso, ni tan siquiera a los clientes habituales de la misma. Concretamente el derogado artículo 22, párrafo primero, de LSSICE indicaba que si el destinatario de los servicios debiera facilitar su dirección de correo electrónico durante el proceso de contratación o de suscripción a algún servicio y el prestador pretendiera utilizarla posteriormente para el envío de comunicaciones comerciales debía poner en conocimiento de su cliente esa intención y solicitar su consentimiento para la recepción de dichas comunicaciones antes de finalizar el procedimiento de contratación. En: GUILLEN CATALÁN Raquel. *op. cit.*

¹¹⁹ En la expresión “relación contractual previa” pueden incluirse, además de la relación contractual, en sentido estricto, las negociaciones preliminares mantenidas con un cliente para cualquier contrato y, por tanto, bajo el amparo de la norma española se podrían enviar comunicaciones comerciales a clientes que hubieran tenido negociaciones preliminares, pero no se hubiera perfeccionado la venta e incluso la dirección de correo electrónico puede ser obtenida fuera del contexto de esa venta, siempre que se hubiera recogido a través de cualquier otro medio lícito. En: GUILLEN CATALÁN Raquel. *op. cit.*

¹²⁰ Al respecto, tanto en la redacción comunitaria como en la legislación española, no queda claro a qué se refiere la expresión “productos de características similares” o “ productos y servicios de la empresa que sean similares” ya que es

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.

Las comunicaciones comerciales realizadas a través de teléfonos móviles, además de haber sido expresamente autorizadas, deben reunir una información mínima que recoge el artículo 20 LSSICE.

3.3.2. *Marketing Viral.*

Las Tecnologías de la Información y la comunicación propician relaciones entre empresas y los consumidores; su rápida aceptación permite que los usuarios adquieran conciencia de su poder como voces amplificadas en un entorno cada vez más común, *el ciberespacio*. Se dejan oír como seres sociales, como ciudadanos, como creadores de contenido y por supuesto también como consumidores, convirtiéndose en parte activa del proceso de comunicación comercial.¹²¹

El marketing viral se puede definir como la herramienta de Internet que permite la difusión de un mensaje partiendo de un pequeño grupo emisor que se multiplica por la colaboración de los receptores y su difusión generando un efecto piramidal que crece geográficamente.¹²² Es un término empleado para identificar las técnicas de marketing que exploran las redes sociales mediante procesos de autorreplicación viral análogos a la expansión de un virus informativo. Se usa la técnica *boca a oreja*¹²³ (comunicación

un término demasiado genérico y carece de los criterios de precisión mínimos para determinar qué productos se consideran similares. Nótese que el artículo no habla siquiera de productos de naturaleza similar, sino solo similares: ¿similares en qué?; ¿en precio, en destino, en estilo...?. PLAZA SOLER J. C. , “ *Los correos electrónicos comerciales no solicitados un año después de la LSSICE* ” , Revista de Contratación Electrónica, núm. 45, 2004, pp.3 -38.

¹²¹GÓMEZ FERNÁNDEZ Eva., *Conocimientos y Aplicaciones Tecnológicas para la dirección comercial.*, Ed. ESIC., pp. 123-124., Madrid 2004.

¹²²MUÑOZ GONÁLEZ Rafael., *Marketing del siglo XXI.*, 3edición. www.marketing-xxi.com, 16:47H.

¹²³Según el *Oxford English Dictionary*, la expresión *word of mouth*, nuestro boca a oreja aparece por primera vez en 1533 y significaba “comunicación oral”. La historia boca a oreja es tan antigua como la humanidad, como los rumores, los chismes de aldea, las noticias que cantaban los pregoneros, lo que lo convierte en algo diferente es la dimensión y velocidad que adquiere gracias a las Tecnologías de la Información y la Comunicación, uno de los factores más significativos que han contribuido al boca oreja aplicado al marketing, es el rápido avance de los medios digitales, particularmente Internet y las tecnologías peer-to- peer (P2P, de igual a igual), chats, foros, programas de mensajería instantánea, blogs, etc. En SIVERA BELLO Silvia., *Marketing Viral.*, Ed. UOC., P. 25., Barcelona 2008.

oral) mediante medios electrónicos; usa el efecto “red social” creado por Internet y los modernos servicios de telefonía móvil para llegar a la mayor cantidad de personas.

El término marketing viral implica considerar que las acciones de e-marketing se expanden a través de la red como si de un virus se tratase, su objetivo es conseguir que los usuarios que reciben la acción de marketing se encuentren satisfechos, la reenvíen a otros usuarios potenciales. Según Gómez Fernández, el uso del marketing viral se centra en dos modalidades: uno, que la acción de marketing se difunda por propia iniciativa del receptor fundamentalmente vía e-mail y en consecución obtener que de dicha difusión permita la consecución de nuevos miembros mediante incentivos normalmente económicos. Esta modalidad se basa entonces, en la utilización del correo electrónico como vehículo de distribución de un elemento de comunicación. Dicho elemento puede ser un e-mail simple o una pieza audiovisual de carácter cómico con el objeto de asegurarse el interés del reenvío. El soporte al final es la excusa para lograr integrar una marca en un sistema que suele lograr una capacidad de alcanzar una cobertura neta altísima a bajo coste.

La segunda modalidad consiste en motivar a los receptores iniciales de la acción comercial a que se la envíen o recomienden a otras personas a cambio de un incentivo o comisión. Uno de los problemas que presenta esta modalidad o técnica de marketing es que, una vez iniciada la cadena es fundamental encontrar un mensaje lo suficientemente atractivo para que el usuario lo difunda, y que no se pueda medir con la misma exactitud de otros formatos.¹²⁴

La tarea más difícil consiste en adquirir y retener una gran base de clientes, situación que se logra con el uso de la red y los efectos de publicidad por e-mail. Mediante estas herramientas, los esfuerzos de comunicación *Business- to- Consumer* o B2C consiguen mayor impacto que otras herramientas. El marketing viral es una técnica que evita molestias como el *spam*, ya que se utiliza o se impulsa a los usuarios de un producto-servicio específico a contárselos a sus amigos lo que se mencionó anteriormente como recomendación *boca a oreja*.

¹²⁴GÓMEZ FERNÁNDEZ Eva., *Conocimientos y Aplicaciones Tecnológicas para la Dirección Comercial.*, Ed. ESIC., pp. 123-124., Madrid 2004

3.3.3. *Marketing de Guerrillas.*

El marketing de Guerrillas¹²⁵ es también conocido como *Marketing radical*, *Extreme Marketing* o *Feet-on-the- street*. Es utilizado comúnmente por las pequeñas y medianas empresas (PYMES), al no disponer de recursos financieros tan elevados como las grandes corporaciones u empresas. Su objetivo es romper las directrices tradicionales aplicadas al marketing; trata de acercarse a unos segmentos de clientes de forma directa evitando invertir cantidades de dinero en costosas campañas publicitarias o estudio de mercadeo; busca crear soluciones personales y creativas a las necesidades del cliente.

El marketing de guerrillas considera que en la actualidad no basta ser competitivo, sino que por el contrario, hay que ser innovador y marcar la diferencia; se centra en la comunicación directa con los consumidores utilizando la publicidad de una forma más selectiva, dirigida y muy intensa, lo que conlleva a que los empresarios que aplican el marketing de guerrillas se relacionen con sus clientes de una forma estrecha, ofreciendo calidez, confianza y compromiso a largo plazo. Su filosofía no busca llegar a un segmento numeroso de personas con la esperanza de que el mensaje les atraiga y decidan comprar, prefiere dirigirse a un segmento reducido y definido de usuarios leales alrededor de los cuales han constituido su negocio.¹²⁶ Conrad Levison, considerado como el “padre” del marketing de guerrillas, afirma que se trata de realizar actividades de marketing /esencialmente acciones de promoción de una manera no convencional y con un presupuesto bajo.¹²⁷

Concluyendo, entendemos el marketing de Guerrillas como la técnica de llegar a los mercados y alcanzar objetivos por medios innovadores, es decir, usando estrategias aprovechando lo que se tiene por mínimo que sea, con el fin de llegar a un grupo concreto

¹²⁵ El término Guerrilla Marketing fue popularizado en 1984 por Jay Conrad Levinson en su libro *Guerrilla Marketing: Secrets for Making Big Profits from Your Small Business*. A veces se emplean términos similares como *marketing radical* o *extreme marketing*. En www.recursosparapymes.com

¹²⁶SÁNCHEZ HERRERA Joaquín y PINTADO BLANCO Teresa., *Nuevas Tendencias de Comunicación.*, Ed. ESIC., p. 265., Madrid 2010.

¹²⁷Marketing de Guerrillas para PYMES, Autónomos y Emprendedores. Recursos para Pymes., www.recursosparapymes.com

utilizando pocos recursos pero con mucha creatividad y teniendo claro los objetivos a alcanzar.

Como se ha venido planteado, marketing es todo lo que se hace para promocionar la empresa, desde el momento en que se concibe, hasta que los clientes compran el producto o servicio. Conrad Levison¹²⁸ establece 12 puntos de diferencia entre el marketing clásico y el marketing de Guerrillas que se resumen en la Tabla 3.2.

Tabla. 3.2 Relación entre Marketing Clásico y Marketing de Guerrilla

	MARKETING CLASICO	MARKETING DE GUERRILLA
1	Requiere que se invierta dinero en el presupuesto del marketing.	Las principales inversiones deben ser tiempo, energía e imaginación.
2	Es adaptado a grandes negocios, recomendando tácticas asociadas a grandes corporaciones y con grandes presupuestos.	Se ajusta a pequeños negocios, pequeños empresarios y pequeños fondos.
3	El éxito del marketing clásico se mide en sus ventas.	Asume que cualquier persona puede encontrar una manera de empujar el logro de excelentes ventas. La principal vara de medida al empresario guerrillero es su utilidad.
4	La práctica del marketing clásico fundamentada en la experiencia y el juicio personal, lo que implica conjeturas.	Las malas suposiciones resultan costosas, por lo que se basa en la ciencia de la psicología especialmente leyes del comportamiento humano.
5	La práctica sugiere que al empresario incrementar la productividad del negocio y después diversificar ofreciendo productos y servicios relacionados.	Sugiere que el empresario se aleje de la diversificación y se mantenga enfocado.
6	El marketing clásico le estimula a hacer crecer el negocio en línea directa agregando nuevos clientes	El marketing de guerrilla jamás destina nuevos clientes y hace esfuerzos concretos para sumarlos continuamente, pero alienta al empresario a hacer crecer el negocio geométricamente. El empresario debe aspirar a transacciones con clientes activos, utilizando el poder de seguimiento al cliente y un fantástico buen servicio.
7	Mira alrededor buscando oportunidades para eliminar competencia.	Sugiere olvidarse de la competencia y estudiar oportunidades de cooperación con otras empresas y apoyándose en busca de una ganancia mutua.
8	Quiere hacer creer que la publicidad, el marketing directo y las páginas Web funcionan.	Demuestra que hacer marketing con una sola arma han sido superado, lo que funciona son las combinaciones de marketing.
9	Hace el conteo de facturas al final de cada mes.	Sugiere que el empresario se concentre en cuantas relaciones ha establecido cada mes, cada relación conduce a múltiples facturas y ventas.
10	No estimula el uso de la tecnología, debido a que la tecnología de ayer es compleja, costosa y limitada.	Incentiva a abrazar la tecnología actual, ya que es fácil de usar, poco costosa y es ilimitada su habilidad de acrecentar el poder de la negociación frente a la batalla del marketing.
11	Identifican un número de armas que promueve su negocio, todas relativamente costosas.	Identifica por lo menos 100 armas para elevar ganancias, la mitad son gratuitas.
12	Intimida a pequeños empresarios por estar rodeada de misterio y complejidad.	Remueve el misterio y muestra el marketing exactamente como lo que es.

Fuente: CONRAD LEVISON Jay., *Marketing de Guerrilla.*, Ed. Morgan James Publishing. pp 9-18., Estados Unidos 2009.

¹²⁸CONRAD Levison Jay., *Marketing de Guerrilla.*, Ed. Morgan James Publishing. pp. 9-18., Estados Unidos 2009.

3.3.4. *Marketing Relacional*

El marketing relacional consiste básicamente en crear, fortalecer y mantener las relaciones de las empresas con sus clientes buscando lograr los máximos ingresos. Tiene como objetivo identificar los clientes más rentables para establecer una estrecha relación con ellos de tal forma que permita conocer sus necesidades y mantener la evolución del producto a largo tiempo.¹²⁹

Desde la década de los noventa se sustituye el concepto de marketing tradicional, por el de marketing relacional, entendido éste, como la estrategia de negocios centrada en anticipar, conocer y satisfacer estrategias y deseos presentes y previsibles de los clientes, pasando del enfoque de producción al enfoque del cliente; empleando técnicas de gestión de relaciones con los clientes llamadas CRM (*Customer Relationship Management*)¹³⁰

Según Fernández Gómez¹³¹ el CRM es un *proceso/estrategia/filosofía* del negocio, enfocado a conseguir relaciones estables y duraderas con sus clientes con base en la gestión del cliente, con el apoyo de determinados sistemas y procesos, todo con el fin de, conseguir mayor valor para la empresa y para el cliente. Estas técnicas se han adaptado en la actualidad mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Los objetivos a alcanzar con la implementación del CRM y del marketing relacional son: Incrementar la satisfacción del cliente, así mismo, Incrementar los ingresos provenientes de los clientes actuales, mejorar los ratios de relación de los clientes, adquirir nuevos clientes, mejorar la productividad de los recursos de ventas, aumentar la cuota de mercado, reducir los requerimientos de servicio al cliente y reducir los costes transaccionales. En conclusión podemos decir, que el CRM es una herramienta utilizada por el Marketing Relacional para recolectar información de los consumidores y comunicar a los mismos beneficios y soluciones ofrecidos por la empresa.

¹²⁹RIVERA CAMINO Jaime y DE GARALLAN López-Rua Menica., *Dirección de Marketing Fundamentos y aplicaciones.*, Ed. ESIC., pp. 43-48., Madrid 2007

¹³⁰ RIVERA CAMINO op. cit. p. 43

¹³¹FERNÁNDEZ GÓMEZ Eva., *Conocimiento y aplicaciones Tecnológicas para la Dirección Comercial.*, Ed. ESIC., pp. 163-164., Madrid 2004

Existen muchas definiciones de marketing relacional entre ellas la de Gronroos (1997)¹³² quién lo define como el proceso de identificar, establecer, mantener, reforzar y de ser necesario, terminar las relaciones con los clientes, de tal manera que los objetivos de todas las partes sean logrados. En este sentido el marketing relacional es un proceso global que implica reconocer un nuevo tipo de organización al existir un cambio cultural dentro de la empresa donde toda acción se realiza centrada en el conocimiento del cliente.

Según Moller y Halinen (2001)¹³³ el marketing relacional se puede encuadrar en dos tipos de teorías: La primera *basada en el mercado*, que trata con relaciones de intercambio relativamente simples y que asumen un contexto de mercado y, la segunda fundada *en las redes* y se refiere a relaciones más complejas. Estas relaciones complejas generalmente tienen lugar en el contexto de redes donde la experiencia y el comportamiento de la organización en el pasado resultan importantes para entender cualquier otra relación, mientras que las relaciones simples son más eficientes cuando son gobernadas por el mercado donde la competencia es más dominante. Las personas en general viven en redes de relaciones; cada relación es única pero no son aisladas y se entrelazan entre sí¹³⁴.

3.4. Marketing no Empresarial.

El marketing no sólo está estructurado o circunscrito al campo empresarial y a transacciones de naturaleza económica sino que amplía su concepto a otros ámbitos. En la década de los sesenta los estudiosos del marketing en Estados Unidos comenzaron a discutir sobre su aplicación en el campo no empresarial, surge entonces el término “*marketing no lucrativo*”, unido al término “*marketing no empresarial*”, refiriéndose como lo ha definido Santesmases¹³⁵ al conjunto de actividades de intercambio, básicamente de

¹³²Gronroos (1997)., En LÓPEZ- PINTO Bernardo y MACHUCA Marta y otros., *Los Pilares del Marketing.*, Ed. UPC., pp. 363-378., Barcelona 2008.

¹³³Moller y Halinen (2001)., En LÓPEZ- PINTO Bernardo y otros., *op. cit.* p. 364.

¹³⁴Gummenson (1994) propone tres tipos de relaciones: *relaciones individuales*, que pueden ser internas (empleados, departamentos financieros, unidades de negocios) o externas (proveedores, competidores, clientes etc.); *relaciones interorganizativas*, de acuerdo con el nivel de integración, pueden ser, transacciones, relaciones a largo plazo, alianzas estratégicas, Joint ventures, organizaciones en red y finalmente las integraciones verticales *ylas megarelaciones*, que existen en niveles que estén por encima del mercado propiamente dicho, como es el caso del megamarketing o las megalianzas y en ciertos casos, se incluyen las redes personales y sociales. En LÓPEZ- Pinto Bernardo y otros., *op. cit.* p. 365

¹³⁵SANTESMASES MESTRE Miguel., *Marketing conceptos y estrategias.*, Ed. Pirámide., p. 899, Madrid 1999.

servicios e ideas que son llevadas a cabo fundamentalmente por instituciones sin ánimo de lucro, bien sean privadas o públicas.

La primera propuesta o definición de marketing no empresarial fue dada por el Departamento de Marketing de la Universidad de Ohio en 1965 al concebir el marketing como un proceso social¹³⁶; más tarde Kotler y Levy¹³⁷ en 1969, sugirieron que el término marketing debía contener organizaciones distintas de las empresas, dos años más tarde Kotler y Zaltman¹³⁸ introducen y definen el concepto de “marketing social” buscando influir en la aceptación de las ideas sociales¹³⁹.

La denominación de *marketing no empresarial* no supone un traslado de conceptos, métodos y técnicas del marketing empresarial, sino que por el contrario, sugiere la importancia de analizar las necesidades sociales, así como de las actividades llevadas a cabo por estas organizaciones y sus particularidades. Se distinguen hasta cuatro tipos de marketing no empresarial: *Marketing de Instituciones no lucrativas*, *Marketing público*, *Marketing social* y *Marketing político*.

3.4.1. Marketing de Instituciones no lucrativas.

Esta modalidad de marketing se aplica a aquellas instituciones de carácter privado que no buscan un beneficio económico y realizan actividades de intercambio de bienes, servicios e ideas aplicando los principios de marketing en desarrollo de sus actividades para lograr la satisfacción de las partes que intervienen en la relación de intercambio y de la sociedad en general, tales como, Organizaciones no gubernamentales (ONG), Fundaciones, hospitales, etc.

¹³⁶Para Kotler «Marketing es un proceso social por el que los individuos y los grupos obtienen lo que ellos necesitan y desean a través de la creación e intercambio de productos y su valoración con otros»

¹³⁷ KOTLER Philip y LEVY Sidney., *Broadening the Concept of Marketing*, *Journal of Marketing*, 33, enero de 1969., pp. 10-15., En SANTESMASES MESTRE Miguel., *Marketing conceptos y estrategias*., Ed. Pirámide., p. 898, Madrid 1999

¹³⁸ KOTLER Philip y ZALTMAN Gerald., *Social marketing: An approach to Planned Social Change*, *Journal of Marketing*, 35, julio 1971, P. 3-12., En SANTESMASES MESTRE Miguel., op. cit. p. 898

¹³⁹El reconocimiento de las ideas junto a los bienes y servicios como objeto de intercambio está reconocido de modo explícito en la definición oficial de marketing acogida por la American Marketing Association (AMA) en 1985.

Según Rodríguez Andura¹⁴⁰ estas instituciones practican dos tipos de marketing. Por una parte, se preocupan por captar los recursos materiales y humanos necesarios para llevar a cabo sus programas; y por otra, tratan de asignar y gestionar adecuadamente los recursos con el fin de cumplir con los objetivos buscando dirigirse a dos tipos de público: los ciudadanos y organismos que aportan recursos a la institución y a las personas que se benefician de los productos que ésta les proporciona.

Para Kotler¹⁴¹, las entidades sin ánimo de lucro deben aplicar un marketing contemplando tres aspectos: 1. *El análisis del mercado*, es decir, de los consumidores, segmentos de mercado, entorno, tendencias, etc.; 2. *El análisis de los recursos*, lo que implica determinar los puntos fuertes y débiles propios y de la competencia, así como de las oportunidades y amenazas del entorno y, 3. *El análisis de la misión*, que supone definir el negocio o actividades en la que se halla la organización y los clientes a los que se dirige.

Las organizaciones no empresariales ofrecen, como ya se ha indicado tres tipos de productos (bienes, servicios y comportamientos sociales), las organizaciones producen un bien que se vende y proporciona un beneficio al comprador (consumo y uso) y estos bienes suponen una pequeña proporción de los productos limitados muchas veces a publicaciones, catálogos, artesanías etc. Los servicios se crean por una interacción entre lo que se presta y el que lo usa; representan la mayor parte de las transacciones realizadas entre las organizaciones no empresariales; algunos se venden a precios de mercado, otros a precio inferior y otros son totalmente gratuitos (bibliotecas, sanidad etc.) y los comportamientos sociales son en muchos aspectos difíciles de definir; en ocasiones, no es la organización la que crea el producto, sino el propio consumidor actuando a requerimiento de la organización. Llevar a cabo un determinado comportamiento social, exige a veces, tiempo y molestias para el individuo que pueden exceder los beneficios personales. Los beneficios reales, seguramente los percibirán otras personas o la sociedad en general (dejar de fumar,

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ ANDURA Inma, y otros., *Principios y estrategias del Marketing.*, p. 41., Barcelona 2006

¹⁴¹ KOTLER Philip., *Strategies for Introduction Marketing into Nonprofit Organizariions*, *Journal of Marketing*, 43, 1 de enero de 1979. En SANTESMASES MESTRE Miguel., op. cit. p. 909.

puede resultar molesto a quien sí le gusta hacerlo, pero será beneficioso para su salud y la de los demás)¹⁴²

Santesmases, establece unos criterios para establecer las diferencias de las instituciones no lucrativas, de las entidades empresariales, partiendo de la *naturaleza de los productos ofrecidos*, ya que se ofrecen básicamente servicios o comportamientos sociales y, en menor medida bienes tangibles. Por el contrario, las empresas ofrecen fundamentalmente bienes y en proporción similar servicios; difieren en relación a los *objetivos perseguidos*.

Como su definición lo indica, las organizaciones no empresariales no persiguen objetivos económicos, ni obtienen beneficios para repartir entre sus propietarios y accionistas. Estas establecen entre sus prioridades obtener beneficios sociales y objetivos difíciles de medir. En cambio, las empresas que persiguen beneficios económicos, brindan el poder establecer de manera objetiva, el rendimiento y eficacia de las mismas. Otra particularidad, es la forma de obtener los *recursos financieros*; las empresas obtienen sus recursos de las ventas de sus productos y adicionalmente, de los mercados de capitales. Las organizaciones no empresariales ofrecen sus servicios sin una contraprestación monetaria, por lo que no generan recursos suficientes para cubrir sus necesidades y requieren financiación adicional (donaciones, subvenciones, trabajos voluntarios, exención de impuestos etc.). Los *públicos al que se dirigen* son diferentes. Las entidades sin ánimo de lucro centran sus estrategias de marketing en diseñar programas para atraer fondos y otros en la forma de distribuir dichos fondos conforme a los fines y objetivos de la propia institución.

Partiendo de la conceptualización de marketing Santesmases plantea que, las instituciones sin ánimo de lucro presentan a corto plazo una contradicción que es en principio aparente entre sus fines como organización y la satisfacción al consumidor. El marketing consiste básicamente en poner los medios necesarios para conseguir la satisfacción de las necesidades y deseos del consumidor. Partiendo de este esquema pueden

¹⁴²SANTESMASES MESTRE Miguel., *Marketing conceptos y estrategias*., Ed. Pirámide., pp. 906-908, Madrid 1999.

estar en contradicción con los fines perseguidos por las organizaciones no empresariales, ya que sus objetivos consisten, en impedir o limitar aquello que precisamente desean hacer algunas personas (fumar, beber, correr a gran velocidad por las carreteras, etc.) o en obligar a hacer cosas que en principio no resultan muy atractivas (donar sangre, vacunarse, ayudar económicamente a los demás, pagar impuestos, etc.), la perspectiva de estas organizaciones contempla la satisfacción del consumidor a largo plazo y plantea un bienestar no sólo individual, sino también de la sociedad.¹⁴³

3.4.2. Marketing Público

Hace parte del marketing de las instituciones no lucrativas, pero con proyección en el ámbito de las entidades públicas, concretamente los servicios públicos¹⁴⁴ prestados por la Administración del Estado. Muchos servicios públicos pueden verse en la necesidad de aplicar los principios y métodos de marketing y mejorar así, la prestación de los servicios brindados al enfrentarse a competidores del sector privado (Universidades). El marketing público no abarca las actividades realizadas por las empresas de propiedad pública que compiten con el sector privado y persiguen la obtención de beneficios económicos.

Las Instituciones sin ánimo de lucro y las entidades públicas presentan similitudes y características comunes, sin embargo, se describen algunas diferencias¹⁴⁵. Las entidades públicas financian su déficit con los ingresos procedentes de impuestos, al contrario de las entidades sin ánimo de lucro, que los sufragan con aportaciones voluntarias aunque en ocasiones reciben subvenciones procedentes de los presupuestos estatales. Las entidades públicas están sujetas al control público y a interferencias políticas, sus actividades tienen un alcance en el ámbito geográfico que obedece a criterios políticos, más que de mercado y finalmente, disponen de un poder coercitivo y están organizadas de forma burocrática.

¹⁴³SANTESMASES MESTRE Miguel., *op. cit.*, pp. 906-908.

¹⁴⁴ Un servicio público se caracteriza por ser de interés general y estar regulado por un régimen jurídico especial.

¹⁴⁵SANTESMASES MESTRE Miguel., *op. cit.*, p. 908.

3.4.3. *Marketing Social*

El Marketing social si bien no es un concepto nuevo dentro de las modalidades del marketing, brinda un conjunto de posibilidades a las personas, empresas e instituciones que se encargan de diseñar e implementar campañas sociales destinadas a generar cambios de hábitos o conductas voluntarios, por lo tanto, es importante realizar una conceptualización adecuada para particularizar el ámbito de actuación del marketing social y su diferencia del marketing tradicional.

Entre los años sesenta y setenta surge una corriente de pensamiento que propone una utilización responsable del marketing. A partir de 1971 se pueden identificar desde el punto de vista académico, tres etapas de evolución del marketing social: De confusión, de consolidación y de sectorización¹⁴⁶.

Moliner en sus investigaciones sobre marketing social plantea una definición actual de marketing social con la inclusión de una serie de elementos claves¹⁴⁷. En primer lugar su condición de extensión del marketing y por tanto de tecnología de gestión de unos principios generales aplicados al diseño de campañas sociales. Un segundo elemento es su carácter de proceso social tanto en su vertiente de orientación al mercado como en la responsabilidad social, lo que significa que en el momento de diseñar una campaña social, se debe tener en consideración otros aspectos como las necesidades y motivaciones de los diferentes públicos y que además las ideas o causas sean justas y beneficien a la sociedad y, en tercer lugar plantea que se debe resaltar que su objetivo es el estudio de la relación de intercambio donde el producto es una idea o una causa social, por lo tanto, no se trata de promocionar un producto o un servicio sino de diseñar campañas donde se incentive a un

¹⁴⁶ La primera etapa está marcada por la llamada crisis de identidad del marketing social y se prolonga hasta principios de los ochenta. La segunda etapa se caracteriza por la consolidación del área, que se inicia principalmente con un trabajo de Fox y Kotler en 1980, donde se repasan los diez primeros años de existencia de esta disciplina, en esta segunda etapa se acepta la aplicación del marketing a las causas sociales y se desarrolla su cuerpo teórico. Finalmente la etapa de sectorización, surge a partir de 1989 y marca un antes y un después en el planteamiento de las campañas sociales. El marketing social se empieza a adaptar a sectores como la salud, las organizaciones no lucrativas o la ecología. En PASTEN Verónica, SEFAIR Esteban y VALENCIA Víctor., *Precisiones y delimitación Conceptual del Marketing Social.*, Universidad de Santiago., 2007

¹⁴⁷ MOLINER Miguel Ángel., *Marketing Social: La gestión de las Causas Sociales.*, Ed. ESIC., 1998

determinado grupo de individuos a adoptar ciertas ideas o a cambiar alguna actitud o comportamiento.¹⁴⁸

Antonio Leal ha definido *el marketing social* teniendo en cuenta esta tendencia como la aplicación de técnicas comerciales de marketing para beneficiar a la sociedad. Su objetivo es, producir cambios voluntarios en el comportamiento a través del conocimiento de las necesidades, deseos y barreras percibidas por el público objetivo: la sociedad o parte de ella.¹⁴⁹

Por ello podemos entender que el marketing social tiene como propósito central, beneficiar al individuo o a la sociedad y no a la entidad que lo aplica, característica que lo diferencia del marketing comercial y lo relaciona con el marketing sin ánimo de lucro. Sin embargo, su particularidad radica en que el marketing social está enfocado a mejorar el bienestar social, es decir, tal y como lo plantea Pasten¹⁵⁰, utiliza la orientación al cliente, como en el marketing comercial, pero difiere de éste en la naturaleza o propósito de los productos promocionados, o sea, productos beneficiosos socialmente. En definitiva persigue una estrategia de cambio social. Aunque a menudo se trate de cambiar las actitudes y creencias de las personas, no es este, el último objetivo de sus esfuerzos, ya que, enfatiza que el cambio en el comportamiento ha de ser voluntario, no siendo su propósito coaccionar al público para que adopte comportamientos saludables.

En este sentido y dado que el marketing social busca la adopción de una idea o una práctica social por parte de un determinado público objetivo con la intención de mejorar el bienestar del conjunto o una parte de la sociedad, más que prestar unos servicios y comercializar bienes tangibles con el fin de hacer comprender y facilitar la adopción de una idea o una causa social, se puede fácilmente confundir el marketing social con la responsabilidad social y ética de las acciones que llevan a cabo las empresas, puesto que el marketing social supone sólo una parte de las actividades del marketing, concretamente las

¹⁴⁸PASTEN Verónica, SEFAIR Esteban y VALENCIA Víctor., *Precisiones y delimitación Conceptual del Marketing Social.*, Universidad de Santiago., 2007

¹⁴⁹LEAL JIMÉNEZ Antonio., *Gestión del Marketing Social.*, Ed. McGraw-Hill., España 2000

¹⁵⁰PASTEN Verónica, SEFAIR Esteban y VALENCIA Víctor., *Precisiones y delimitación Conceptual del Marketing Social.*, Universidad de Santiago., 2007

que realizan las organizaciones no empresariales cuando promueven ideas y causas sociales, en cambio, las responsabilidades éticas y sociales deben ser asumidas por todo tipo de organizaciones¹⁵¹.

3.4.4. Marketing Político

En la actualidad, mediante el marketing se intenta vender en cualquier mercado, tanto local como internacional. Con motivo de la tecnología el contacto es masificado, la distribución es globalizada, por lo que no basta con poner el producto a la vista del cliente, sino que tiene que ser conocido y convencer de su adquisición, por lo tanto, realiza un seguimiento al consumidor. Dicha evolución en el ámbito del aplicación del marketing es también aplicada a otros campos como, el político, ya que en la actualidad desaparecen las limitaciones de población, las campañas adquieren grandes dimensiones, lo que la hace competitiva, no existe fidelidad de ideología, lo que ha generado que en los países democráticos surja la tendencia de orientar la política al mercado.

Lanfery Paradise (1990)¹⁵² se expresa del marketing político como un fenómeno social y una expresión de la presente crisis en el ejercicio del poder que se manifiesta por dos causas fundamentales: El desgaste en el poder (causado mayormente por el incumplimiento de las promesas de campaña) y la burocratización de las instituciones del Estado.

Otra visión del marketing político, es la de Santesmases¹⁵³ quien plantea que el marketing político es una parte del marketing no empresarial que incluye las actividades desarrolladas para conseguir el apoyo y los votos de un determinado grupo a favor de alguna proposición, programa o candidato.

El marketing debe establecer una relación de intercambio. En el caso del marketing político esta relación es más definida y se concreta por parte del oferente en una idea o programa y por el destinatario en el voto que el elector otorga al candidato, por lo tanto, el

¹⁵¹RODRÍGUEZ ANDURA Inma, y otros., *Principios y estrategias del Marketing.*, pp. 43-44., Barcelona 2006

¹⁵²RAMÍREZ Wilson., *Manual del Marketing Político.*, www.lulu.com, pp. 8-14., 2007

¹⁵³SANTEMASES MESTRE Miguel., op. cit., p. 921.

producto ofrecido en esta modalidad de marketing son ideologías o filosofía, proposiciones y Programas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones, personalidades y líderes políticos. Todos estos elementos se complementan, para Zorio Pellicer.¹⁵⁴ Un líder político puede tener un gran poder de atracción, pero para su continuidad necesita el complemento de un partido con ideología y programas.

Se debe diferenciar entre *marketing electoral* y el *marketing político*; el primero es entendido por Ramírez Wilson¹⁵⁵ como el realizado exclusivamente durante la campaña electoral; es de duración concreta en el tiempo y determinado en la ley, durante el cual se llevan actuaciones encaminadas a lograr unos objetivos electorales, es decir, conseguir el voto¹⁵⁶, su actividad está concentrada fundamentalmente en el diseño y desarrollo de la campaña electoral, que no está limitada a la publicidad, sino en coordinar los instrumentos empleados en la comunicación social. El segundo agrupa al marketing electoral que no está limitado a un periodo fijado por la ley ni está condicionado a la inmediatez de una elección.

El marketing político tiene elementos similares a los del marketing empresarial. Ambos se plantean situaciones competitivas, tanto electores como consumidores eligen entre una variedad de alternativas propuestas, las cuales se comunican por distintos canales de distribución para presentar y promocionar el producto ofertado al mercado potencial.

3.5. Transición del e-marketing 2.0 (orientado al consumidor) al e-marketing 3.0 (centrado en valores).

Son cuatro los momentos económicos por los que ha atravesado la sociedad del siglo XXI según la concepción de Alvin Toffler. El primero corresponde a la era de la agricultura y su capital más importante lo constituye la tierra para el cultivo, el segundo momento económico corresponde a la era industrial y su capital esencial fueron las máquinas y las fabricas; el tercero la era de la información en el que el tipo de capital fundamental es el intelecto, la información y la alta tecnología y el momento actual

¹⁵⁴ZORIO PELLICER Miguel., *El líder Político.*, Ed. ESIC-Market., pp. 109-120., 1994. En SANTESMASES MESTRE Miguel., op. cit., p. 922

¹⁵⁵RAMIREZ WILSON, *Manual del Marketing Político.*, www.lulu.com., pp. 8-14., 2007

¹⁵⁶Para SANTESMASES el voto es el precio pagado por el producto deseado.

caracterizado por el desafío del calentamiento global y orientado hacia la creatividad, la cultura, el patrimonio y el medio ambiente. Estos cambios hacen necesario un replanteamiento del marketing considerado como el concepto de equilibrio para la macroeconomía en razón a que cuando el entorno macroeconómico cambia también lo hace el comportamiento del consumidor, siendo evidente en los últimos sesenta años donde el marketing ha evolucionado desde una perspectiva centrada en el producto (Marketing 1.0) a una centrada en el consumidor (Marketing 2.0) y actualmente se vivencia la transformación del marketing como respuesta a la nueva dinámica del entorno que direccionan las empresas a una visión centrada en la humanidad y en la que la rentabilidad armoniza con la responsabilidad corporativa, momento donde el cliente pasa a ser el punto estratégico de partida y se lo aborda considerándolo integralmente en su dimensión humana (bio-psico-social-ecológica y ambiental), atendiendo a sus necesidades y preocupaciones, aportando soluciones a conflictos de carácter global relacionados con el bienestar, la pobreza, la sostenibilidad medioambiental.

Philip Kotler y Hermanawan Kartajaya dieron origen al concepto de Marketing 3.0 en Asia en noviembre de 2005¹⁵⁷ con un grupo de consultores de marketing con sede en el sudeste asiático. Indonesia, único país del sudeste asiático miembro del G-20, es una nación en la que el individuo y la espiritualidad cobran gran importancia constituyendo la filosofía homocéntrica del mundo oriental. Se genera entonces el marketing 3.0, y el inicio de una era centrada en los valores que concibe a los seres humanos con inteligencia, corazón y espíritu y no simples consumidores. La preocupación principal es como convertir este mundo globalizado en un mundo mejor donde las empresas se proyectan estratégicamente con una visión, una misión y valores para ser frente a necesidades de justicia social, económica y medioambiental; donde los productos y servicios que se eligen buscan una satisfacción espiritual y no meramente funcional y emocional. Al igual que el Marketing 2.0 orientado al consumidor, el Marketing 3.0 también se propone la satisfacción del consumidor aportando soluciones para resolver los problemas de la sociedad elevando el

¹⁵⁷KOTLER P.; KARTAJAYA y SETIAWAN., *Marketing 3.0.*, Ed. LID Editorial., 1 Ed., Madrid- España 2011, p. 15.

concepto de marketing al terreno de lo espiritual, a las aspiraciones y los valores, considerando al consumidor un ser humano integral al que todas sus necesidades y deseos deben ser atendidos complementando el marketing emocional con uno espiritual. Las empresas más influyentes atraen a sus clientes a través de un marketing basado en valores en un entorno caracterizado por tres fuerzas¹⁵⁸ fundamentales que definen el panorama empresarial: La era de la participación, la era de la paradoja de la globalización y la era de la sociedad creativa, transformando a los consumidores hacia un punto de vista más cultural donde cobra importancia lo espiritual, lo que implica al Marketing 3.0 como una red de colaboración cultural y espiritual.

La denominada era de la participación y el marketing de colaboración es la que permite a los individuos expresarse y colaborar con otros creando ideas y entretenimiento además de consumirlos generando lo que se conoce como *prosumidores* (productor más consumidor) quienes se apoyan en una tecnología constituida fundamentalmente por los ordenadores y teléfonos móviles baratos, la conexión de red de bajo coste y el código abierto (software desarrollado y distribuido libremente), los medios sociales ya sean generales o de expresión (Blogs, Twitter, YouTube, Facebook, Flickr, etc.) o de colaboración (Wikipedia, Rotten Tomatoes o Craigslist).

La globalización y el marketing cultural movidos por la tecnología hacen posible el intercambio de información entre países, empresas e individuos en todo el mundo. Al igual que la tecnología, la globalización llega a todos los individuos del planeta y genera una economía interconectada pues la tecnología es la que realmente mueve la globalización constituyendo ésta en una fuerza que estimula el equilibrio. No obstante es necesario abordar algunas contradicciones o paradojas consecuentes a la globalización por ejemplo, el hecho de que la globalización genere apertura en la economía pero no en la política; ejemplo de ello lo constituye China considerado la fábrica del planeta pero opresor de cualquier movimiento en favor de la democracia y de la libertad. Así mismo; la globalización propicia la integración económica pero no genera economías equitativas, tal

¹⁵⁸KOTLER, Kartajaya y Setianwan., op. cit. p. 22

como lo ilustra Joseph Stiglitz (autor de *Globalization and Its Discontents*) quien afirma que los procesos de privatización, liberalización y estabilización adoptados por algunos países han dado lugar a descontento especialmente en algunos estados comunistas que consideran que su situación desmejoró y les perjudicó con motivo de la globalización constituyendo así la paradoja económica de la globalización. Finalmente la globalización no genera una cultura uniforme sino diversa como lo sostiene Benjamin Barber al afirmar la existencia de dos principios fundamentales y opuestos en nuestros días: Tribalismo y Globalismo¹⁵⁹ que implica factores convencionales como la cultura, la geografía, la tradición y la comunidad, estableciendo un contrapeso con la cultura tradicional. Esta es la paradoja socio-cultural de la globalización que afecta más directamente a los individuos o consumidores.

Frente a estas y muchas otras paradojas existentes, algunos autores consideran que la cuestión no es resolverlas sino más bien gestionarlas ya que conllevan una mayor conciencia en la sociedad con respecto a las injusticias, la sostenibilidad medioambiental, la responsabilidad comunitaria y social.

El auge del marketing espiritual en una sociedad creativa, ponen de relieve el manejo de la neurociencia y el predominio del hemisferio derecho o izquierdo del cerebro como sectores creativos representando el mayor nivel de desarrollo social en la civilización humana. La tecnología es, una vez más la principal fuerza impulsora de esta revolución.

La creatividad es lo que diferencia al ser humano de las demás criaturas del planeta. Las personas creativas intentan permanente progresar y mejorar el mundo en que viven. La creatividad se expresa a través de la humanidad la moralidad y la espiritualidad. Una de las características clave de una sociedad avanzada y creativa consiste en que la gente cree en la autorrealización más allá de las necesidades básicas de supervivencia. Retomando la clásica pirámide de Maslow que describe la jerarquía de las necesidades; el ser humano presenta diferentes niveles de necesidades como la supervivencia (necesidades básicas), seguridad,

¹⁵⁹BARBER Benjamin. (1996), *Jihad vs. McWorld: How Globalism and Tribalism Are Reshaping the World.*, Ballantine Books., Nueva York., En KOTLER, Kartajaya y Setianwan., *op. cit.* p. 30

protección, afiliación, afecto, estima (ego) y autorrealización (sentido). Maslow proclamó que las necesidades superiores no se pueden satisfacer antes que las de los niveles inferiores, frente a lo cual Zohar¹⁶⁰ en su obra *Spiritual Capital* le controvierte invirtiendo la pirámide y colocando la necesidad de autorrealización (sentido) como una necesidad básica para todo el mundo. La espiritualidad definida por Handy Charles (1998) cómo “la puesta en valor de los aspectos no materiales de la vida y los indicios de una realidad perdurable encuentra realmente su relevancia en la sociedad creativa”. Los científicos y los artistas suelen prescindir de la satisfacción material ante la autorrealización personal, buscan más allá de lo que puede comprar el dinero; buscan el sentido, la felicidad y la realización espiritual pues la satisfacción y realización material llegan como recompensa por sus logros.

La creatividad estimula la espiritualidad y la necesidad espiritual es la mayor fuerza motivadora de la humanidad y la que impulsa la creatividad más profunda, afirma Julia Cameron en su libro *The artist's Way* (1992). El modelo de negocio centrado en los valores es la nueva aplicación por excelencia del Marketing 3.0., el propósito es integrar los valores como un nuevo elemento de su cultura corporativa. Los beneficios psicológico-espirituales son, de hecho, la necesidad más vital de los consumidores y la máxima diferenciación que puede crear una empresa.¹⁶¹

La era del Marketing 3.0 es la era en la que los cambios en la actitud y el comportamiento de los consumidores influyen enormemente en las prácticas del marketing, exigiendo de éste, mayor colaboración y un enfoque más cultural y espiritual. La nueva ola tecnológica facilita una difusión generalizada de la información, las ideas y la opinión pública, que permite al consumidor colaborar en la creación de valor. La tecnología guía la globalización en los escenarios cultural, político, legal, económico y social, generando una serie de contradicciones y paradojas sociales, también guía el crecimiento del mercado creativo, que tiene una visión más espiritual del mundo. De este modo, los componentes fundamentales del Marketing 3.0 giran en torno a la participación (interactividad) y la

¹⁶⁰ZOHAR Dananh y Masrshall, Ian ., *Spiritual Capital: Wealth We Can Live By.*, Berrett- Koehler Publisher, San Francisco 2004., En KOTLER, Kartajaya y Setianwan., op. cit. p. 37

¹⁶¹DAVIS Melinda., *The New Culture of Desire: Five Radical New Strategies that will Change Your Business and Your Life.* Free Press, Nueva York 2002., En KOTLER, Kartajaya y Setianwan.,op. cit. p. 38

colaboración cultural; las implicaciones de la globalización impulsada por el desarrollo tecnológico y la sociedad creativa con una fuerte impronta espiritual, entre muchos otros aspectos, según la proyección y escenarios visualizados por los líderes del nuevo enfoque del marketing.

3.5.1 Neuromarketing.

Se ha ilustrado anteriormente el surgimiento del Marketing 3.0 como respuesta a factores como: Las nuevas tecnologías, los problemas potenciales de la globalización y el interés de los individuos por expresar su creatividad sus valores y su espiritualidad. Así mismo se ha enunciado conceptos fundamentales de Marketing 3.0 como son la creación de comunidades, el auge de los valores, de la personalización, etc., como los conductores en la estrategia de los negocios, con propuestas que cubren varios aspectos del consumidor especialmente las emociones. El Marketing 3.0 debe responder a la demanda por estilos de vida íntimamente ligados a los valores de la “postmodernidad” y que exige de las empresas un compromiso social para un mundo mejor y en busca de la solución para erradicar las calamidades naturales y humanas.

El fundamento principal del Marketing 3.0 se direcciona hacia la innovación y la creatividad referida a considerar nuevos valores más que a crear nuevos productos. El término *neuromarketing* describe la aplicación de métodos de neurología en el mundo del marketing y puede definirse como “la utilización de métodos neurocientíficos para analizar y comprender el comportamiento humano y sus emociones”¹⁶². El primer aspecto de la definición va más allá de la simple utilización de neuroimágenes para interés comercial; el segundo aspecto es una consideración más amplia que la simple investigación sobre el comportamiento del consumidor para incluir aspectos de intercambio del mercado o intraorganizativos; el tercer aspecto incluye las emociones.

¹⁶²ÁLVAREZ del Blanco R. *Conversar con el futuro en una nueva era y horizontes de marketing.*, En Asociación Catalana de Contabilidad y Dirección, ACCID. *Nuevas Tendencias en Management. Fundamentos y Aplicaciones.*, Ed. Profit., Barcelona – España., p. 89 y Ss. 2010

En el 2002 el psicólogo Daniel Kahneman obtuvo el premio Nobel de Economía por sus avances en neuroeconomía; una rama de la Economía que estudia el proceso a través del cual se construyen nuestras elecciones. Este tipo de estudios ha evolucionado extendiéndose al marketing. El neuromarketing corresponde a la fusión entre neurociencia, marketing y gestión de marca. Se apoya en la resonancia magnética de imágenes (RMI) para escanear el cerebro y analizar el flujo sanguíneo a medida que el individuo realiza ciertas tareas. Además del RMI y los electroencefalogramas (EEG) se puede estudiar el mecanismo mental en el que se descansa el proceso de compra o de fidelidad de marca. Especialistas de distintas disciplinas han hecho apropiación de ideas de la psicología cognitiva para determinar cómo las personas toman sus decisiones llegando a la conclusión de que el 85% de las decisiones de compra se producen en la parte subconsciente de la mente y la mayoría de ellas basadas en experiencias o en emociones anteriores.

Con base en lo anterior el neuromarketing es considerado como un aporte muy riguroso y significativo para el desarrollo de nuevas y virtuosas prácticas de gestión de marcas. El nuevo Marketing 3.0 tiene mucho que aportar sobre la complejidad de las motivaciones humanas, la subjetividad y la identificación sobre cómo las personas piensan y actúan consciente o inconscientemente con las marcas y sus mensajes; qué asociaciones de emociones y sentimientos se desarrollan; cómo las marcas viven y desaparecen de la memoria. Las nuevas tecnologías han elevado los estudios neuronales a extraordinarios niveles, permitiendo mejorar el conocimiento de cómo pensamos y por qué compramos.

Las investigaciones en neurociencia diferencian cuidadosamente las partes derecha e izquierda del cerebro, asignando a la parte derecha el centro de los pensamientos conceptuales, como el arte, la música o la literatura; mientras la izquierda coordina la lógica, el lenguaje matemático o la ciencia. Igualmente revelan que el cerebro humano se compone de tres partes que actúan, se estructuran y funcionan diferente: El “cerebro nuevo” que “*piensa*” procesa los datos racionales y la información objetiva. El “cerebro medio” que “*siente*” procesa las emociones y los sentimientos y el “cerebro primitivo” que “*decide*” es decir, toma en consideración los resultados de los otros dos cerebros, pero solo él controla las decisiones. El neuromarketing, es un nuevo modelo de negocios que aplica

los más recientes resultados de investigaciones sobre el cerebro a la empresa, buscando construir y comunicar mensajes dirigidos a obtener un impacto máximo en las decisiones de los clientes o consumidores.¹⁶³

Las investigaciones han demostrado que los seres humanos toman las decisiones en un entorno emocional y luego las justifican racionalmente, pero las acciones dependen del “*cerebro primitivo*”, el órgano de la supervivencia y algunos investigadores lo consideran el centro del poderoso subconsciente, responde a seis estímulos específicos: EMOCIONES, (Solo se recuerdan sucesos y datos a corto plazo, porque las emociones impactan directamente en la forma en que se procesa y memoriza la información en el cerebro primitivo) ESTÍMULOS VISUALES, (El nervio óptico está físicamente conectado al cerebro primitivo y es más rápido que el nervio auditivo, razón por la cual, si usted cree ver una serpiente reaccionará antes a este estímulo que, a una voz que le diga que no lo es.) INFORMACIÓN TANGIBLE, (Estímulos relacionados con lo que es familiar, amigable, concreto, objetivo; el cerebro no entiende conceptos abstractos, o expresiones como “solución flexible”, “enfoque integrado” o “arquitectura escalable” responde a conceptos simples e ideas concretas como “más dinero”, “irrompible” o “durante 24 horas”) CENTRADO EN SÍ MISMO, (El cerebro primitivo no responde a estímulos que no estén relacionados con su bienestar y supervivencia. Frente a una persona herida su cerebro primitivo no responde. Las reacciones por el otro “se producen en los cerebros nuevo y medio. El cerebro primitivo se siente aliviado al reconocer que no es usted el herido) CONTRASTE, (Este tipo de estímulos permite tomar decisiones rápidas y sin riesgo evitando la confusión. Solo responde a estímulos tipo antes/después, con/sin, lento/rápido etc.), PRINCIPIO Y FINAL, (Lo que ocurra o se diga en la mitad de una presentación/intervención, podrá ser olvidado. Empezar con el contenido más importante es una obligación y repetirlo al final es imperativo).

Concluyendo, el verdadero centro de toma de decisiones de la mente humana es el “*cerebro primitivo*”, y para el profesional de e-marketing comunicarse directamente con ese

¹⁶³ RENVOISÉ P y Morin Ch. *Neuromarketing. El nervio de la venta.*, Ed. UOC., Barcelona- España 2006.

centro “decisor” le permitirá captar la atención inmediata de los consumidores o clientes en aquellas ocasiones que lo requiera.

3.5.2. La concepción de valores en el Marketing 3.0

Los tratadistas del tema consideran cuatro tipos de valores¹⁶⁴ en una empresa: *Los valores de entrada*, que corresponden aquellas normas de conducta básica que deben tener los empleados cuando ingresan a la empresa, por ejemplo la profesionalidad y la integridad que se supone que ya forman parte de la personalidad de quienes ingresan a la organización; *los valores deseados*, aquellos de los que la empresa carece pero que la dirección aspira a conseguir, estos valores no los evidencia los empleados hasta no constituir la cultura organizacional de la empresa; *los valores espontáneos*, que se derivan de los rasgos de personalidad de los empleados y por último los *valores fundamentales* derivados de la cultura corporativa real que guía las acciones de los empleados. Estos valores estimulan a los empleados a actuar de acuerdo con la misión de la marca por lo que se denominan valores compartidos y constituyen parte de la cultura corporativa.

Para crear una cultura corporativa se requiere que los valores compartidos y el comportamiento común estén armonizados, es decir, que el comportamiento diario de la empresa refleje esos valores y que los empleados actúen como embajadores de los mismos y transmitan la misión de marca a los consumidores.

Los valores a considerar para el desarrollo del Marketing 3.0 son aquellos relacionados con los aspectos que mueven las actividades del marketing de valores: La tecnología de colaboración, la transformación cultural provocada por la globalización y la creciente importancia de la creatividad. Los consumidores evidencia un comportamiento de acuerdo con las necesidades identificadas por Maslow y son cada vez más creativos. Una empresa con valores de colaboración fomenta la cooperación entre sus empleados así como la creación de redes fuera de la empresa con el fin de generar impacto. Las empresas con

¹⁶⁴LENCIONI Patrick., *Make Your Values Mean Something*, Harvard Business Review., Julio 2002. En KOTLER, Kartajaya y Setianwan., op. cit. p. 93 y Ss.

valores culturales motivan a los empleados a realizar cambios en sus vidas y en la de los demás. Así mismo las empresas que forjan valores creativos permiten a sus empleados desarrollar y compartir sus ideas innovadoras.

La mayoría de las empresas, se valen de dos técnicas para inculcar sus valores: La formación a nivel formal y la mentorización a nivel informal. Si no se practica con el ejemplo (también se aprende por imitación) se corre el riesgo de convertirse en un sermón o en una cartilla de valores, en lugar de una actividad práctica o vivencial. Por otra parte, existe la posibilidad de que los formadores y mentores no sean unos verdaderos modelos en su actuar diario en el trabajo, lo que al ser percibido por los empleados, les lleva a considerar que todos los esfuerzos realizados para la formación en valores es solo palabrería, lo que genera la pérdida de credibilidad, afectando la cultura corporativa.

El Marketing 3.0 busca superar estos problemas de la formación y mentorización; se propone vincular los valores a los comportamientos, para lo cual controla y constata si se están llevando a cabo prácticas que desvirtúen los valores corporativos, lo que constituye todo un reto, porque la mayoría de las prácticas y algunas de ellas poco ejemplares se encuentran más institucionalizadas que los propios valores y para lograr cambios de comportamiento se hace necesario la intervención de líderes de la empresa y la colaboración de los empleados. Generalmente ocurre que los empleados son conscientes de este desfase entre prácticas y valores corporativos, pero a no ser que se les motive no tomaran nunca la iniciativa para el cambio por lo que la empresa es la llamada a establecer los mecanismos que vinculen directamente las acciones y los valores. El Marketing 3.0 se propone esa transformación en los empleados para que estos a su vez repitan el proceso con otros. Transmitir los valores a los empleados es tan importante como trasladar la misión a los consumidores.

3.5.3 La sostenibilidad medio ambiental y la conciencia ecológica como valores del Marketing Ecológico.

El concepto de sostenibilidad medioambiental y desarrollo humano sostenible¹⁶⁵ como aquel que conduce al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medioambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades. Ha evolucionado desde prevenir y reducir la contaminación generada por las fábricas en los años ochenta a la gestión de un producto que no fuera nocivo para el medioambiente en los años noventa, hasta despertar la conciencia de los empresario y advertirles que la sostenibilidad medioambiental será la que rige el futuro de los negocios como elemento determinante en la lucha contra la pobreza, pues en su intento por combatirla mediante un crecimiento económico agresivo los gobiernos de los países en desarrollo a menudo pasan por alto la protección del medioambiente. Además los más pobres se ven obligados a agotar los ya de por sí escasos recursos naturales (agua potable, aire limpio, suelos fértiles) para sobrevivir. La solución a estos problemas reside en que los emprendedores sociales desarrollen innovaciones ecológicas. Las empresas son cada vez más conscientes de la ventaja competitiva que significa la sostenibilidad medioambiental al adaptarse mejor a los cambios en el entorno de los negocios.

La crisis ecológica que sufre el planeta debe su aparición a un sistema de producción y consumo especialmente de recursos naturales como también a una generación de residuos y contaminantes que sobrepasa la capacidad de la naturaleza para autoregenerarse. Cuando se trata de señalar responsables se apunta hacia la empresa y especialmente hacia el marketing como brazo visible de la empresa que es en últimas el que promueve y genera mayor consumo. Esta situación ha generado lo que se conoce como marketing ecológico, cuya finalidad busca vender productos y a la vez proteger el medioambiente. Así entonces, el deterioro del medioambiente que se asocia directamente

¹⁶⁵MALAGÓN L. G., y GALÁN M. R., *La Salud Pública. Situación actual propuestas y recomendaciones.*, Ed. Medica panamericana., Bogotá 2002., p. 85.

con el fenómeno del marketing ha generado un nuevo segmento de consumidores denominados *los consumidores ecológicos* definidos como aquellos consumidores que manifiestan preocupación por el medioambiente en su comportamiento de compra buscando productos que sean percibidos como de menor impacto sobre el medioambiente. Para estos consumidores el calificativo ecológico es un atributo de valor en el proceso de decisión de compra que se manifiesta cuando paga un mayor precio por productos percibidos como ecológicos, o cuando manifiesta rechazo por aquellos productos considerados contaminantes.

El llamado Marketing ecológico, eco-marketing, marketing medioambiental, marketing sostenible o marketing verde, puede conceptualizarse desde una perspectiva social y empresarial.

Desde la *perspectiva social* persigue estimular y facilitar la aceptación de ideas o comportamientos sociales considerados beneficiosos para la sociedad o tratar de frenar o desincentivar aquellas ideas y comportamientos considerados perjudiciales. Como objetivos se propone informar/educar sobre temas de carácter medioambiental, estimular acciones beneficiosas para el medioambiente, por ejemplo: Campañas de ahorro de agua y energía; cambiar comportamientos nocivos para el entorno natural, por ejemplo: Campañas para prevenir incendios forestales; también se propone cambiar los valores de la sociedad, por ejemplo: Protección de bosques.

Desde una *perspectiva empresarial* el eco-marketing se propone comercializar productos ecológicos que generen el mínimo impacto negativo en el ecosistema como funciones diseña ofertas comerciales para satisfacer necesidades de los consumidores sin comprometer las necesidades de las próximas generaciones atendiendo a la sostenibilidad como valor de marketing ecológico.

CAPÍTULO IV

IMPLICACIONES ÉTICAS DEL MARKETING

Generalidades.

4.1. La ética de la sociedad del siglo XXI.

4.1.1 Fundamentación ético – filosófica aplicadas a las actividades de marketing.

4.2 Responsabilidad Social e implicaciones para el marketing digital.

4.3 La Protección de Datos como expresión del derecho a la Privacidad, a la Intimidad, a la Propia Imagen y la Autodeterminación informativa.

4.4 La Autorregulación y los Códigos de Conducta.

IV. IMPLICACIONES ÉTICAS DEL MARKETING

Generalidades

Disponer de información amplia y suficiente acerca de una persona o colectividad es una actividad considerada esencial para las empresas que desean ofrecer buenos niveles de competitividad con la finalidad de atender mejor y satisfacer las necesidades de sus clientes, por lo que no hay nada censurable en el hecho de que una empresa obtenga y disponga de gran cantidad de información de sus potenciales clientes o usuarios; pero lo que si se cuestiona ética, legal y jurídicamente es la distribución de la información obtenida sin autorización porque afecta entre otros, el derecho a la privacidad y genera el conflicto inmerso en el interrogante ¿Es el perfil electrónico propiedad de la persona o de la empresa que lo ha obtenido de diferentes fuentes? Así mismo, cabe cuestionar una serie de consideraciones éticas relacionadas con todas aquellas políticas, prácticas, técnicas y las distintas actividades relacionadas con el marketing pero especialmente el marketing digital.

Se considera igualmente que, a la par del crecimiento comercial representado en un gran número de empresas y organizaciones que desarrollan enormes bases de datos del cliente, se incrementa la posibilidad de abuso de la información; bien sea por compartir los datos sin autorización; por integración de bases de datos por varias compañías para desarrollar un perfil extremadamente detallado de una persona o por su divulgación y utilización no autorizada. Prácticas que además de ser ilegales, resultan contrarias a la ética. Actuar de acuerdo con la ética es mantener la confianza de los clientes pues a la menor sospecha de un uso indebido de la información, no se proporcionarán más datos y lo más probable es que tampoco se vuelvan a comprar sus productos o servicios.¹⁶⁶ La tecnología en sí misma no puede proteger la intimidad. Se requiere de una regulación, de leyes apropiadas y códigos de conducta para hacer frente a la eficacia de la tecnología electrónica que facilita la recolección y distribución de información.

¹⁶⁶BISHOP B. *La ética del marketing digital*. En: *Marketing estratégico para la era digital*. Compañía Editorial Continental. 1ª ed., México. 2000. p. 190 y ss.

La necesidad de encontrar respuestas a los nuevos cuestionamientos éticos generados por el avance tecnológico y por los conflictos que surgen de los distintos escenarios que proyecta la investigación en marketing y específicamente el marketing digital requiere de una legitimación de las actividades de mercadeo y esto solo se obtiene a través de la confianza que se logre generar en el cliente/usuario y en la colectividad. Así lo afirma Cortina A.¹⁶⁷ filósofa española en su libro *Ética aplicada a la democracia radical* quien afirma que las empresas éticas son las que sobreviven y además resultan más rentables, pues al contrario de lo que generalmente se cree, “...la ética genera beneficios, es rentable y es negocio”. Asegura igualmente que una empresa así caracterizada mantiene fundamentalmente relaciones éticas cuando: suministra a los consumidores productos de alta calidad; con los proveedores mantiene relaciones de lealtad y honradez; internamente promueve relaciones de corresponsabilidad, comunicación, sentido de pertenencia y con la competencia sostiene relaciones de *colegaje* evitando actitudes desleales o con propósitos de sacarlos del mercado.

La confianza interpersonal entre extraños se convierte en uno de los factores más descollantes para explicar el éxito de ciertas sociedades. Ahí donde la palabra dada es importante; donde no se intenta violar los compromisos personales amparándose en subterfugios; donde se forjan acuerdos con el propósito de cumplirlos, es donde copiosamente fluyen los capitales y las inversiones. Lo que explica el desarrollo y la pujanza económica de ciertas sociedades gira alrededor de una compleja trama de valores y actitudes que cuando coincide con un sistema de libertades públicas y privadas se convierte en una inagotable fuente de creación de riquezas.

Indudablemente la ética de nuestro tiempo ha sufrido una particular metamorfosis conceptual desde una *fase educacional* que aborda los problemas relacionados con la práctica del marketing a partir de los significativos avances tecnológicos que hoy día siguen produciéndose a pasos agigantados; una *fase ética* caracterizada por el esfuerzo dirigido a la resolución de dilemas centrando la atención en la moralidad de las múltiples

167 CORTINA Adela, *Ética aplicada y Democracia Radical.*, Tecnos, Madrid 1993., Capítulo 10.

actividades que implican a los diversos actores del marketing y una *fase global* que enfrentaría la ética del e-marketing con el desafío que implica el reconocimiento de la diversidad en un mundo casi por completo globalizado¹⁶⁸

El propósito de este capítulo es ofrecer una reflexión acerca de los fundamentos éticos de las actividades de marketing a partir de su concepción en la sociedad del siglo XXI; abordar la teoría ética tradicional desde la filosofía y sus componentes de *estructura operativa racional* del ser humano en sus dimensiones *subjetiva y objetiva* para concluir en la *responsabilidad* como fundamento sin la cual no se concibe el *deber-ser* de las actividades del marketing y particularmente del marketing digital. Aspectos que operan y se traducen a través de la regulación y los Códigos de conducta muy populares en el cambio digital por resultar adaptados a la a-territorialidad del ala Red y promovidos por la normativa reguladora de la sociedad de la información.

4.1. La ética en la sociedad del siglo XXI

La democracia reconoce a todo individuo el derecho a la libre realización de sus intereses, pero esto no puede darse sin virtudes privadas y públicas, es decir, sin ética. Es esta la concepción del filósofo francés, Gilles Lipovestki refiriéndose a las sociedades post-industriales en lo productivo y post-modernas en lo cultural, que no pretenden el sacrificio de las personas, pero sí la práctica de virtudes consideradas “modestas” como la honestidad y el respeto de las leyes. Moral “modesta” no significa débil, sino firme en los valores humanistas básicos, sin ambiciones regeneradoras. Se privilegia igualmente las lógicas del diálogo, liberales, pragmáticas cuyo propósito es la búsqueda de lo mejor y no del bien.

Rechaza toda forma de fundamentalismo y de intransigencia y las cruzadas de los valores (contra la droga, la pornografía, el aborto, la ciencia, etc.). La inteligencia del “justo medio” debe prevalecer tanto en el campo ético, como en el político y económico. Se requiere de la crítica social y la diversidad de opiniones a condición de que no

¹⁶⁸Ética y Bioética. Revista cuatrimestral de investigación N° 71. Vol. XXI. 1ª-2010. p. 15.

degeneren ni en violencia física ni en el rechazo del otro. La tolerancia es un imperativo absoluto. Las grandes declaraciones morales no son ya instrumentos suficientes contra el racismo y la xenofobia. Los valores giran alrededor de la lucha contra la marginación, el desempleo, la degradación de las periferias urbanas y principalmente informando objetivamente a los ciudadanos. No se trata sólo de la moral individual, sino de su extensión a las políticas sociales de solidaridad, reducción de desigualdades, de formación de los hombres, de los nuevos ciudadanos, de profesionales responsables, sin los cuales el escenario futuro se proyectaría como una selva violenta de intereses privados.¹⁶⁹

El universo empresarial debe contribuir a la construcción de un mundo más justo y respetuoso del ser humano, lo que no significa coaccionar su generosidad (lo que para algunos doctrinantes es incompatible con la realidad de los negocios) sino conducir las empresas y organizaciones hacia un nuevo contrato social y en pos de compromisos inteligentes que derivan en: menos dirigismo patronal a cambio de una menor rigidez sindical; mayor flexibilidad de las gentes a cambio de mayores deberes de formación, participación y concertación en todos los niveles de la empresa. La nueva frontera de la gestión empresarial se denomina *responsabilización*. Frente al desastre ecológico se impone la responsabilidad de proteger el planeta de su destrucción y quizá su muerte. De nada sirven entonces las imprecaciones moralistas contra el capitalismo de la técnica. Más bien se requiere acudir a las nuevas tecnologías inteligentes, a la transparencia, a la competencia de los mercados, a un poder mayor de la tecnociencia convertida en virtud.

Así mismo a la benevolencia, el altruismo y la adherencia a códigos de ética profesional para alcanzar el bienestar de todos los individuos.¹⁷⁰ Aspectos de obligatoria aplicación no sólo al marketing sino requisito esencial de una sociedad contractual donde valores personales elementales como la verdad y la honestidad, son necesarios para crear la confianza entre los contratantes.

¹⁶⁹INVERNIZZI Gabriela. Traducción de “*L’Espresso*” de Roma. 1996.

¹⁷⁰HIRSHMAN Albert. *Morality and the social sciences: a durable tension*. Seidman Foundation, Memphis, 1980.

Para Grönroos,¹⁷¹ el marketing no pertenece solo a los especialistas, sino que cada persona dentro de la empresa debe responsabilizarse por entender al cliente y aportarle valor. Robin y Reidenbach¹⁷² consideran que el hecho de que en marketing se den relaciones de poder desigual, junto con la oportunidad de que se ejerzan en beneficio o en detrimento de diferentes públicos, surge la necesidad de desarrollar criterios específicos dado que la aplicación directa de las filosofías morales populares (deontología o el utilitarismo) a los problemas éticos del marketing son insuficientes como guía práctica para la acción.

Algunos de los problemas éticos a los que se enfrentan los responsables de marketing son: agasajos y regalos; publicidad falsa o engañosa; representación distorsionada de bienes; servicios o capacidad de la compañía; mentiras dichas a los clientes con el fin de conseguir una venta; manipulación de datos (falsificación o mal uso de estadísticas o información); garantías engañosas de productos o servicios; invasión de la vida privada del cliente; anuncios publicitarios con contenido sexual; engaños en el precio; discriminación en el precio; comentarios injustos y afirmaciones incorrectas acerca de los competidores; cantidades menores en envases del mismo tamaño; representaciones estereotipadas de mujeres y grupos minoritarios; promoción del tabaco y de las bebidas alcohólicas, etc.

Al respecto de esta necesidad de integrar argumentos ético-morales al análisis económico, en reunión convocada por el Consejo Vaticano para la Justicia y la Paz previa a la elaboración de la encíclica *Centesimus annus*, representantes de la economía mundial como Arroz, Atkinson, Lucas, Sachs, Dasgupta, Sen, Uzawa entre otros, discutieron acerca de la importancia económica de los comportamientos éticos.¹⁷³

¹⁷¹GRÖNROOS, C. (1996), “*Relationship marketing: strategic and tactical implications*”, Management Decision, 34/3, pp. 5-14. En TORRES Fernando G. *Cuestiones éticas en el marketing.*, pp. 99-100., <http://www.econ.uba.ar/www/servicios/Biblioteca/bibliotecadigital/institutos/cics/a1n1/cap4.pdf>

¹⁷²ROBIN, D. P. y REIDENBACH, R. E.(1993), “*Searching for a place to stand: toward a workable ethical philosophy in Marketing*”, Journal of Public Policy & Marketing, 12 (1), pp. 97-105. En TORRES Fernando G., *Cuestiones éticas en el marketing.*, pp. 99-100., <http://www.econ.uba.ar/www/servicios/Biblioteca/bibliotecadigital/institutos/cics/a1n1/cap4.pdf>

¹⁷³*Social and ethical aspects of economics: a colloquium in the Vatican City*, 1991.

Observaron que una sociedad integrada por gente honesta, donde el comportamiento impropio es socialmente inaceptable ahorra recursos en vigilancia y costos de aplicación de las normas.

La honestidad es deseable en sí misma, pero además tiene virtudes instrumentales. Se ha demostrado que entre dos economías que disponen de la misma dotación de recursos, hay más desarrollo y bienestar social en aquella cuya gente no miente, no roba y cumple con sus obligaciones.

Desde otro punto de vista, toda empresa cualquiera que sea su naturaleza, tiene una visión no de corto sino de largo plazo que la relacionan con grupos de intereses que necesariamente van a interactuar con ella, pues toda empresa tiene una naturaleza intrínsecamente social porque necesariamente tiene que relacionarse con grupos y subgrupos que tienen algún tipo de interés en ella, grupos que aunque se trate de una pequeña o gran organización tienen expectativas de relación con la empresa y ésta tiene expectativas de relación con ellos. Y el éxito mayor o menor de una organización radica esencialmente en la medida en que la empresa logra administrar esos intereses muchas veces en conflicto.

Según un informe de la *Brookings Institution de Washington*¹⁷⁴, presentado en el Foro Económico Mundial de Suiza por Henry Aaron, Director de ese enorme *thinking tank*, integrado por Robert Lawrence, profesor de inversión y Comercio internacional en Harvard, Albert Bressand, Director del proyecto europeo “Prometeo” y Takatoshi Ito, Catedrático de economía japonesa y consultor del Fondo Monetario Internacional, se promulgan diez principios que rigen la tendencia empresarial internacionalizada, entre los que se destaca el surgimiento de otros valores que habrá que tutelar y que necesariamente implican abordar el problema de favorecer nuevas formas de organización internacional para tutelarlos. Según el informe, los valores en materia de economía mundial serán: *la transparencia*, porque sólo ella garantiza la competencia; *la diversidad*, porque ésta es la única premisa de la innovación; *la confianza en las instituciones*, porque sin ella no se

¹⁷⁴ MELAGA Gianluigi. Traducción de *L'Espresso* de Milán. 1996.

puede proceder ordenadamente. En el futuro habrá un sistema mundial que podremos llamar “la internacional de los clubes”. Habrá clubes funcionales, clubes regionales y clubes universales. Ese será un sistema de alta integración a nivel de clubes, y las distintas clases de clubes tutelarán los valores mencionados anteriormente.

Los *clubes funcionales* serán monotemáticos y se preocuparán, sobre todo, de tutelar la transparencia. Ejemplos ya existentes de ellos, como la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) y la Banca para las regulaciones internacionales. Los dos se ocupan de temas específicos, y su actividad ya es útil, y servirá aún más en el futuro para garantizar que los operadores económicos y los empresarios internacionales obren con corrección, en condiciones paritarias en cuanto tiene que ver con la competencia.

Los *clubes regionales* servirán para tutelar la diversidad entre los varios miembros del club, dado que la diversidad (en cuanto a condiciones geográficas, históricas, culturales) favorece las innovaciones, o sea el desarrollo. Un ejemplo perfecto de club regional es la Comunidad Europea, que regula y armoniza la actividad de los operadores y de los ciudadanos de los distintos países, sin fundirlos en un sistema único, que por múltiples aspectos a muchos de ellos parecería coercitivo (por distintos motivos), y que por eso mismo vendría a ser combatido y transgredido.

El *club universal* es el de los operadores económicos, los grandes bancos, las grandes empresas, acostumbrados a trabajar en una dimensión planetaria. Se requiere estimular en los gobiernos y en los grandes operadores la confianza en las instituciones internacionales y estatales. La Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Organización Mundial de Comercio (OMC) son ejemplos de clubes universales, necesarios para dar un cierto orden a la actividad y a los acontecimientos políticos y económicos que podrían resolverse en conflictos tremendamente desastrosos. A este nivel, política y economía mundiales se entrelazan, y es deber del empresario universal tenerlas en consideración.

Frente al escenario anterior es importante destacar que, toda empresa u organización debe tener muy claro que sus operaciones y desempeño van más allá de las fronteras del país por lo cual debe decidir si quiere una baja o alta integración con la

realidad política y económica de los demás países, o sea del mundo. Una *integración baja* significa pensar que los mercados se regulan eficazmente por sí solos, y que será la coyuntura la que determine los comportamientos propios y ajenos. Significa también creer que los distintos sistemas políticos en los que opera la empresa representan muy bien a los respectivos ciudadanos. Una *integración alta* significa preferir un marco más fuerte de normas internacionales conforme a las cuales han de operar no solo las empresas sino también los competidores. Implica que para seguir siendo o llegar a ser una gran empresa u organización se debe trabajar a nivel mundial, esto significa luchar para que las organizaciones mundiales, en todos sus componentes, se vuelvan más fuertes y más coercitivas para todos.

Todo empresario que trabaje a nivel mundial tiene que darse cuenta de que, cualesquiera que sean sus deseos o sus conveniencias, sólo a nivel mundial un cierto número de actividades podrá ser armonizado (o llegará a ser conveniente para todos). Por ejemplo: la actividad de investigación científica básica en el e-marketing, solamente puede mantenerse a la vanguardia por medio de redes de relaciones internacionales a las que un empresario no puede sustraerse si quiere mantenerse grande o llegar a serlo. Otro ejemplo: para tutelar la capacidad de competencia propia y de todos, un empresario tiene que favorecer la creación y la actuación de una forma de control que puede ser el equivalente de una policía internacional.¹⁷⁵

Una comunidad empresarial con baja integración tiende a fragmentarse pues en ella prevalecen los intereses particulares y surgen conflictos. Dentro de una visión mundial, se puede imaginar sobre todo hoy, una fragmentación planetaria, con millares de conflictos peligrosos y crisis locales. Pero esto sólo puede conducir a una posterior “armonización imperial”(Así la denomina el informe) en la que el último poder será ejercido seguramente por una o varias grandes potencias.

¹⁷⁵ MELAGA Gianluigi. *Globalización de lo local. Decálogo del éxito empresarial*. Informe de la Brookings Institution de Washington, presentado en el Foro Económico Mundial en Suiza. Traducción de *L'Espresso* de Milán. 1996.

Con base en los principios anteriores, surgirán otros valores que habrá que tutelar y, así, se planteará el problema de favorecer nuevas formas de organización internacional, como se expuso anteriormente; para entonces las organizaciones o las empresas deben indefectiblemente tener este marco de referencia, lo que les permitirá poder tomar opciones estratégicas con fundamento en escenarios futuros.

Por lo tanto, mantenerse responsable es un imperativo ético frente a una sociedad inmersa en los modelos neoliberales de economía, política e ideología, en la mundialización de los macrosistemas, en el auge de las culturas dominantes, donde la reingeniería exige desvirtuar todo movimiento y pensamiento social; en una época donde el neoliberalismo ideológico, el neocapitalismo económico y la nueva derecha política se aprestan a organizar toda la sociedad en función de su victoria. Tal es la descripción de Melaga Gianluigi, (1996) en su artículo “*Globalización de lo local*” a propósito del Foro Económico Mundial realizado en Suiza. Razón por la cual la educación e investigación, técnica y ciencia, artes y pensamiento, filosofía y ética se ven hoy convocadas a una reconsideración de sí mismas en función de las tesis del mercado, del auge del marketing y sus modalidades, específicamente el marketing 2.0 y 3.0; de la internacionalización de la economía, del Estado universal y homogéneo, del último hombre posmarxista y post-social y que permite presuponer que todas esas estructuras cumplen en la sociedad una función legitimadora y reproductiva de un sistema determinado que para el tema en cuestión educa para los nuevos comportamientos al servicio del mercado y de la competitividad. Evolucionamos desde una moral impuesta por lo religioso, posteriormente la moral del Iluminismo hasta la sociedad actual de consumo, donde el derecho prevalece sobre el deber y el bienestar.¹⁷⁶

Al abordar las implicaciones éticas del marketing y, específicamente del marketing digital, se hace necesario fundamentar, es decir, explicar la esencia, las causas de un ejercicio responsable del arte en cuestión y, con ello hacer una aproximación asu filosofía para darle solidez, validez y seguridad. El papel de la filosofía ética o teoría moral es

¹⁷⁶ MELAGA Gianluigi. *Globalización de lo local. Decálogo del éxito empresarial*. Foro Económico mundial en Suiza. op. cit.

fundamentar la ética que rige el ejercicio del arte para que resulte digno, propio del hombre y no se degrade y corrompa. La toma de decisiones y las relaciones mercantiles requieren ser explicadas, o lo que es lo mismo fundamentadas en su dimensión subjetiva o estructura operativa racional, la cual está referida a los procesos de deliberar, decidir y actuar que realiza la persona y, en su dimensión objetiva que se manifiesta en la sociedad a través de sus valores morales operacionalizados en la autoridad y la ley, aspectos que deben reflejarse en la actividad comercial y específicamente en el marketing¹⁷⁷

Es evidente la necesidad de desarrollar filosofías empresariales u organizacionales fundadas en criterios éticos, que se traducen en la necesidad de disponer de códigos de conducta o de comportamientos éticos que legitimen las actividades de marketing, especialmente el e-marketing que se proyecta como indispensable en una sociedad globalizada y virtual. Los escándalos financieros de las grandes empresas están generando en todo el mundo una gran desconfianza que obliga necesariamente a cuestionar y revisar las implicaciones teleológicas (causa final) es decir, aquellas que miden los efectos y las consecuencias de una práctica económica determinada y las implicaciones deontológicas o aquellas que se proponen establecer un mínimo de normas que hagan posible la vida en común de los grupos y las sociedades humanas.¹⁷⁸

4.1.1 Fundamentación ético-filosófica aplicada a las actividades de marketing

Las actividades de marketing así como cualquier toma de decisión empresarial implican un elevado componente ético donde surgen constantemente conflictos y problemas como ilustra Ramos¹⁷⁹:

- a. *¿Constituye la ética un límite a las oportunidades de negocio?*
- b. *¿Es honesto considerar que en los negocios vale todo, porque aquello que nosotros no aprovechemos, probablemente lo hará otro?*

¹⁷⁷ LLANO ESCOBAR A. S.J. *Fundamentación de la Ética*. II módulo. Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (ASCOFAME) Bogotá. Colombia. 1990. p. 19 y ss.

¹⁷⁸ ABASCAL R. F. (2005) *Marketing Social y Ética Empresarial*. ESIC Editorial. www.editorial.esic.es

¹⁷⁹ RAMOS H. E., *La Ética del marketing: Importancia de la ética y responsabilidad social para la efectividad organizacional*, Ed. Caja San Fernando., Sevilla- España 2001, pp. 81-83.

- c. A veces se aplica una política de obsolescencia y envejecimiento planificado de los productos, instalando en la fabricación de los mismos partes más frágiles o débiles, o materiales de rápido desgaste, que duran menos y obligan a reemplazar el conjunto del producto cuando estos materiales se estropean.
- d. Es frecuente la práctica intencionada de la venta de productos a bajo precio, pero que requieren para su correcto funcionamiento la adquisición indispensable de otros productos con márgenes altos de utilidad para el fabricante.
- e. Bajo la forma de rebajas, saldos o gangas se ofrecen con frecuencia servicios de cuestionable calidad a lo anunciado o pactado, o se venden productos de mala calidad o defectuosos.
- f. Se hace uso de envases engañosos, respecto a su contenido y calidad, por lo desproporcionado de sus diseños.
- g. Con frecuencia las garantías que respaldan los productos no operan funcionalmente.
- h. Los precios a veces se fijan de manera psicológica y a menudo no son un indicador de la calidad real del producto comprado
- i. Existen prácticas crediticias fraudulentas y engañosas, fraude e imprecisión calculada en la letra pequeña.
- j. Se realiza de forma intencionada o no, la discriminación de ciertas personas en razón de su nivel adquisitivo.
- k. El poder de los medios de comunicación impulsa a la sociedad de consumo a un materialismo excesivo, creando la ilusión de que la posesión y el consumo son los únicos caminos para expresar los deseos humanos.
- l. La política de comunicación/publicidad tiene una enorme capacidad para influenciar y cambiar el sistema de valores existente en una cultura creando falsos valores. Incide en los aspectos emocionales de las personas e impone estilos de vida y comportamientos.

m. Se establecen sistemas de venta pirámides, que reclutan consumidores como nuevos distribuidores que inducen a la compra de otros consumidores.

En todos estos casos, situaciones o actividades de marketing se evidencian problemas prácticos, es decir, de toma de decisiones empresariales con las que, quienes deciden pasan de la dimensión empresarial o comercial a la dimensión ética, en la que la *responsabilidad-conciencia* asume un carácter esencialmente moral, humano y trascendental. Se trata de problemas o conflictos que tienen consecuencias y repercusión en los valores no sólo de la empresa u organización, sino también del cliente, la comunidad y sociedad en general. La solución a este tipo de problemas no sólo compete a la empresa sino también al usuario del servicio o consumidor del producto, a la sociedad y al Estado que deben ajustar su conducta a normas morales que se tienen por obligatorias, apoyadas en leyes que establece la autoridad legislativa del Estado. Dichas normas y leyes no son suficientes, constituyen elementos que facilitan la deliberación y la toma de decisiones y permiten establecer si una conducta es acertada normativa y moralmente.

Fundamentar una ética de marketing es evidenciar los elementos no sólo normativos sino también éticos de las decisiones empresariales, las relaciones con el cliente y la sociedad, la conformación de las actividades de marketing y su repercusión a corto y largo plazo. Se trata de abordar y explicar con método y profundidad todos estos elementos con sustento en el pensamiento de filósofos antiguos y modernos para establecer un fundamento sólido y seguro de la conducta frente al marketing. Las organizaciones y especialmente los empresarios, tienen que obrar responsablemente, para lo cual necesitan identificar la forma como se toman decisiones responsables.

Así entonces, se generan por un lado, actos y modos de comportarse las organizaciones y empresas (Directivos y otros) frente a problemas de marketing y de e-marketing en los que se identifica una connotación de carácter moral, y por otro, valores y juicios de valor con los que las decisiones empresariales son aprobadas o censuradas moralmente por los clientes y la sociedad. Pero a su vez, tanto las decisiones como los

juicios de valor presuponen ciertas normas (regulaciones) y códigos (de ética o de conducta, deber deontológico) que establecen lo que debe hacerse. Por lo tanto, la toma de decisiones empresariales suele estar regida por leyes civiles que determinan el alcance y los requisitos de la actividad del marketing y sus distintas modalidades y los casos en que ciertas conductas se constituyen en delitos para ser sometidas a las sanciones señaladas por la ley. Es importante precisar que desde un enfoque ético, el Código de conducta aventaja a la ley en cuanto que el código es autónomo e ideal, se lo impone a sí mismo el grupo profesional aspirando a un alto nivel ético del ejercicio. La ley, en cambio, es heterónoma y práctica; la impone el legislador frecuentemente con carácter coactivo y penal para regular el ejercicio de una actividad (Por ejemplo: el Comercio Electrónico, el marketing digital, etc.)

Para los filósofos griegos la dimensión social es esencial al hombre y el hombre obra bien en sociedad. Es en la *polis*, en donde el hombre encuentra su plenitud, allí es donde se hace adulto, crece y desarrolla las más altas posibilidades de su ser. La sociedad es natural, es decir, es el término o meta más alta a donde tiende el carácter sociable del hombre. La sociedad es la comunidad que se basta así misma prácticamente en todo. Es la unión de personas que tienden con sus actos, a promover el bien común.¹⁸⁰

El elemento objetivo de la sociedad lo constituyen las normas y las leyes. La norma es más concreta y particular. Por ejemplo: Las normas de tráfico. La ley, en cambio es de contenido más amplio y de aplicación universal. La definición de Ley civil que dio Santo Tomás implica los siguientes elementos: “*Es un dictamen de la recta razón; dirigido al bien común de la sociedad; emanado de la legítima autoridad y suficientemente promulgado.*”¹⁸¹ El nuevo siglo con sus avances sociales y tecnológicos genera nuevas formas de entender la regulación de la sociedad en un ámbito globalizado, requiriéndose normas de alcance mundial, (Paradigma jurídico mundial-informacional) sin que se

¹⁸⁰LLANO ESCOBAR A. S.J. *Fundamentación de la Ética*. II módulo. Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (ASCOFAME) Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. 1990. p. 25 y ss.

¹⁸¹LLANO ESCOBAR A. S.J. *Fundamentación de la Ética*. op. cit. p. 29

disponga aún de un sistema legislativo que las emita¹⁸² pues las Naciones Unidas es un organismo internacional conformada por países en calidad de intermediarios, al igual que la Nueva Constitución europea.

En relación con las actividades de marketing, resulta inevitable mencionar el conocido problema que abordan los “filósofos economistas”¹⁸³ (Adam Smith, Karl Marx, Spinoza, Mandeville) y que es armonizar coherentemente lo ético y lo económico, manteniendo la antigua unidad de la filosofía práctica que vincula la ética con la política y la economía. La ciencia económica no puede desentenderse de la dimensión ética de la vida social. La ética desde un punto de vista operativo y funcional para el mundo actual debe estar atenta a las ciencias humanas y sociales, particularmente a la economía, que finalmente son las que explican el funcionamiento de las estructuras por las que transcurre el humano convivir. La economía necesita de la racionalidad ética; a la vez que la ética debe apoyarse igualmente en la racionalidad científico-económica.

Identificar la dimensión ética del marketing requiere abordar un concepto y una definición de Ética. Por razones de orden práctico no se diferencia entre moral y ética, pero se debe precisar que, una es la conducta moral y la otra es el juicio de valor. A la conducta moral denominamos moral, al juicio de valor, Ética. La Ética es ciencia, la moral no lo es.¹⁸⁴ Al formularse el individuo el problema de cómo actuar de manera que su acción sea buena, debe recurrir a una norma de conducta aceptada en conciencia y de libre arbitrio. Sería ilusorio recurrir a la ética en busca de una respuesta concreta. El filósofo ético investiga qué es “lo bueno, lo correcto, lo justo”. El problema de “qué hacer” es moral; el problema de definir “qué es lo bueno” es ético. Lo moral posee carácter individual, lo ético es de carácter general. La Ética como doctrina nace con Aristóteles. La Moral es posterior a ésta y desde un punto de vista académico nace con Alfonso de Liborio. Bien vale distinguir entre los moralistas Buda y Zaratustra, quienes recomiendan normas de vida y

¹⁸²MARTÍNEZ. LÓPEZ. F., y LUNA HUERTAS. P., *Sociedad de la información y el conocimiento y nuevos paradigmas del Derecho: El caso de los códigos de conducta en el comercio electrónico*. En: *Derecho y Conocimiento*, vol.2, pp. 59-99. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. 2003.

¹⁸³FERNÁNDEZ J., FONTRODONA J., *et all. Ética del Marketing*. Unión Editorial S.A, p. 43., S.A. Madrid. 1998.

¹⁸⁴LLANO ESCOBAR A. S.J op. cit.

los filósofos de la Ética, Aristóteles y Kant, los cuales abordan la moral, nunca una moral y reflexionan sobre ella.¹⁸⁵

El mundo sajón acoge en ética a Aristóteles y el latino a Kant. Este filósofo alemán, escribe la *Crítica de la Razón Práctica*, con fundamentos de metafísica. Afirma Kant que solo puede ser llamado “bueno” una buena voluntad. Califica de “bueno” nuestra intención de obrar. La buena voluntad se caracteriza “por lo querido” y no por lo “realizado”. En “el querer” esta la definición de moral. La razón es imprescindible para la formación de la buena voluntad. Existe buena voluntad cuando se obra por deber y no por inclinación. El deber y nunca la inclinación caracterizan el acto moral.¹⁸⁶

Se entiende por Ética la “*capacidad que le posibilita a todo ser humano obrar responsablemente en sociedad*”¹⁸⁷ es decir, la Ética como dimensión real del hombre “*es la conducta autónoma y responsable del hombre en sociedad*” y la Ética como ciencia o disciplina filosófica es el estudio (filosófico) que fundamenta la conducta autónoma y responsable del hombre en sociedad y explica los problemas principales de su práctica y los valores y deberes a que debe someterse.¹⁸⁸

El enfoque ético del marketing digital busca orientar en la toma de decisiones empresariales, investigativa, administrativa y comercial con el propósito de hacerlo digno, responsable y promotor de valores para la organización, los clientes, la sociedad y todos aquellos implicados en las actividades del e-marketing. El ser humano y para nuestro caso el empresario y quienes integran la organización sienten el deseo de conocer y profundizar en el conocimiento y comprensión de la actividad mercantil. Verifican que a medida que se va profundizando en el conocimiento y la realidad del e-marketing se relacionan los productos unos con otros, los clientes unos con otros, las organizaciones y entonces entran en juego capacidades que permanecían inutilizadas.

¹⁸⁵ LLINÁS Juan P. *Ética y moral*. Temas. El Tiempo. Dic. 28. Bogotá. Colombia 1995

¹⁸⁶ LLINÁS Juan P. op. cit.

¹⁸⁷ LLANO ESCOBAR A. S.J. op. cit. p. 16

¹⁸⁸ LLANO ESCOBAR A. S.J. *Fundamentación de la Ética. módulo II*. Publicaciones Universidad Javeriana Bogotá. Colombia. 1990. p. 7y ss.

La ética aplicada al e-marketing busca despertar en el hombre de empresa su ser racional, libre, independiente y autónomo; también aquella actitud que le brinde la capacidad para organizarse en equipos de trabajo, explorando todas las potencialidades humanas en procura de sus fines y los de la organización; así mismo la sensibilidad social para impactar positivamente la sociedad, interactuando con ella, escuchándola, aprendiendo, emprendiendo y promoviendo su progreso.

Filosofar es la labor gratificante de la razón humana que, penetrando hasta las últimas razones o bases ontológicas de los seres particulares, investiga la realidad total del *conocer* del hombre (Metafísica) y del *deber-ser* de su obrar libre y responsable (ética). Un fuerte deseo de captación de la profundidad del obrar humano anima de continuo la acción del hombre. El filosofar ético le satisface plenamente este deseo. Con esta actividad filosófica alcanza el hombre una comprensión segura, sistemática, detallada y dotada de claridad lógica acerca del complejo concepto de la libertad humana.¹⁸⁹ El punto de partida más íntimo de este filosofar ético lo constituye el obrar humano y para el caso en cuestión, el ejercicio profesional del marketing.

Esta labor filosófica sobre la conducta humana fue realizada en la antigüedad por Aristóteles, con toda razón llamado el padre de la Ética, pues fue el primero en realizarla sistemáticamente. En la Edad Media se destaca Santo Tomás de Aquino, quién unió la luz de la fe en Dios con la luz de la razón. Y en la edad moderna brilla con luz propia el gran filósofo alemán Emmanuel Kant. Cada uno de estos grandes y geniales maestros del filosofar ético creó su propio sistema moral, vale decir, le dio fundamentación original y metódica al obrar humano. Los tres, profundamente preocupados con el problema del relativismo moral, siempre presente en la sociedad y que acecha al individuo y a la sociedad con el peligro de dejar la conducta al vaivén del viento que más sople y sobre todo a la sociedad expuesta a su derrumbe por la ausencia de principios, de valores, de raíces y fundamentos sólidos que garanticen la solidez y seguridad de las instituciones. Los

¹⁸⁹LLANO Escobar A. S.J *op. cit.* p. 7 y ss.

tres fueron conscientes de la capacidad del hombre para trascender lo inmediato, de inspirar su conducta en valores, de obrar en forma autónoma y responsable.¹⁹⁰

La preocupación social de estos grandes filósofos con respecto a la conducta humana fue siempre salvar la sociedad de naufragar en el caos general a donde la lleva indefectiblemente el relativismo moral de las culturas.

Fundamentar un comportamiento ético-profesional en el campo de la actividad del e-marketing, consiste en buscar con la razón, la reflexión y la discusión, la última explicación y fundamento para la toma de decisiones, lo cual conlleva a una estructura operativa racional del obrar humano libre y responsable y del ejercicio de una profesión o actividad cualquiera ella sea, en su doble dimensión, a saber, subjetiva y objetiva; dimensiones a las que se hizo referencia anteriormente. Por lo tanto, cualquier toma de decisión en forma responsable y social, implica:

- a) De parte del sujeto, de la organización o empresa y de sus integrantes en todos los niveles: La capacidad para deliberar, decidir y actuar (ejecutar-obrar).
- b) De parte de la sociedad, comunidad de usuarios o clientes en el cual se ejercen las actividades mercantiles: una escala de valores, una autoridad legítima, el derecho, la justicia social y las leyes como instrumento de orden y seguridad.

En su dimensión subjetiva, o estructura operativa racional, más conocida con el nombre de *conciencia*, opera el proceso de la deliberación, que implica para el sujeto tomar conciencia del valor o bien moral concreto y culmina con un juicio de valor.

El “hecho moral social” se constituye formalmente tal, es decir, moral y social, por la actuación responsable y autónoma del sujeto u organización en sociedad. Obrar con

¹⁹⁰LLANO Escobar A. S.J op. cit. p. 8

autonomía no significa obrar por capricho con anarquía, es decir, desconociendo las leyes y las normas que rigen la convivencia justa y pacífica de los seres humanos en sociedad. Es un obrar o actuar como persona u organización que piensa y delibera cuáles son sus obligaciones, deberes sociales y profesionales; es tomar decisiones responsables y ejecutarlas respetando las leyes y el derecho de los otros. El principio de autonomía enseña que todo ser humano o grupo social tiene el derecho y el deber de obrar por propia determinación responsablemente. Tal responsabilidad implica necesariamente que el sujeto u organización goce de la libertad necesaria para deliberar y formar objetivamente el juicio de valor o de conciencia y que, hecho éste, tome libremente la decisión que luego llevará a la práctica mediante la libre ejecución.¹⁹¹ Son tres los momentos que constituyen la estructura moral y cuya puesta en práctica, hacen al sujeto moral, autor de su acto: *La deliberación*: corresponde a una actividad de la razón práctica que debe terminar en un juicio de valor. *La decisión*: Acto de la libertad que acoge el objeto del juicio de valor para darle ser, es decir, realizarlo. *La ejecución*: de lo que decide la libertad. Si el sujeto moral realiza estos tres momentos libre y conscientemente se convierte en autor de su acto y, por lo tanto, responsable del mismo. Se entiende por responsabilidad la capacidad para asumir las consecuencias de los propios actos, de aquellos de los cuales el sujeto es autor.

Con la deliberación, primera actividad práctica de la estructura operativa racional el sujeto entra en el ámbito propio y específicamente ético. Se delibera antes de actuar para ver con claridad la moralidad de la acción que se va a realizar. Esto presupone que cuando el sujeto va a obrar, ya ha adquirido la formación moral, que recibe ordinariamente de la sociedad y de sus educadores. La educación moral le permite reconocer e interiorizar los juicios morales generales, aceptados por la sociedad. El adoptar estos juicios de valor implica la adopción de criterios para hacer deliberaciones concretas. Durante el proceso de deliberación, ocurre con frecuencia que no sabemos si lo que pensamos hacer es bueno o malo moralmente. En esas condiciones no se puede obrar, sería inmoral, pues es como andar a ciegas o emprender un viaje sin saber a dónde se va ni para qué. Esta planificación

¹⁹¹LLANO Escobar A. S.J. *Fundamentación de la Ética. módulo II*. Publicaciones Universidad Javeriana Bogotá. Colombia. 1990. p. 17y ss.

moral de lo que se va hacer es lo que en ética se denomina deliberación, la cual implica una acción determinada (Objeto de deliberación) con sus circunstancias de tiempo, lugar, modo, etc., unos medios para realizar la acción, unos motivos que como tales, mueven al sujeto a actuar y unos efectos (a corto, mediano o largo plazo) físicos o morales, buenos o malos, correctos o incorrectos.

En la planificación de su actividad o deliberación, el sujeto con su intención, se propone una acción (Objeto) como fin, a cuya realización lo mueven los motivos. En estos dos elementos se concentra la moralidad principal. Todos los otros elementos se subordinan a estos dos. Por ejemplo: si una empresa se propone el diseño de equipos médicos de diagnóstico cerebral que evitan la trepanación (Procedimiento de apertura quirúrgica de la cavidad craneal) ante todo por el bien de los pacientes. Su acción así planificada es buena moralmente. La valoración. Se realiza al referir la acción a ejecutar a criterios generales adoptados por el sujeto y la sociedad como valores y que le permiten determinar si es correcta o no, de conformidad con otra serie de elementos subjetivos y objetivos como la naturaleza y trascendencia de la acción a realizar, las circunstancias, los efectos, las normas y las leyes del país. Muy en particular se deben ponderar los medios de que se va a servir para realizar la obra, pues tales medios tienen a veces, su moralidad propia y deben ponderarse para verificar si la bondad de la acción por realizar y los motivos superan o compensan los males físicos o morales de los medios empleados. Los motivos. Constituyen el principal elemento de la deliberación en cuanto se refieren al carácter ético de la acción. Con frecuencia la acción misma y objeto principal que se propone el sujeto no tiene una moralidad propia sino que constituye la materialidad de la acción. Así por ejemplo: la investigación científica en seres humanos plantea las relaciones de la ciencia con la ética. La investigación científica en sí misma, no tiene sentido, es indiferente y es el ser humano, el científico que con sus motivos e intereses le da a esta actividad la connotación ética o no ética. La dinamita es un descubrimiento ni bueno ni malo, con ella se construyen carreteras, se destruyen edificios o se mata a las personas. Ni la ciencia ni el arte dan necesariamente un comportamiento ético. Para que la ciencia y la investigación tengan sentido y sirvan al desarrollo del ser humano deben tener una motivación, una ética y ésta debe generarse en una filosofía personal u

organizacional.¹⁹² *Juicio de valor*. La deliberación tiene como propósito determinar con claridad la moralidad de la acción a realizar y sin esta claridad no es correcto obrar. La deliberación concluye con un juicio de valor, entendiendo por tal, un juicio con el que la razón práctica se pronuncia a favor o en contra de la moralidad de la acción. *Un juicio* es la proposición con la cual se afirma o se niega algo del sujeto y se denomina *valor* cuando lo que afirmamos del sujeto es un valor moral, por ejemplo: Ignacio es bueno. Es un juicio de valor con el que tiene que terminar la deliberación.

Los juicios de valor pueden ser *generales* cuando expresan las valoraciones que hace y acepta la sociedad en que vivimos con respecto a formas abstractas de obrar de las cuales se afirma su moralidad. Por ejemplo: matar es malo. Ayudar a los colegas y hablar bien de ellos está bien. Otros juicios de valor son conocidos y adoptados por los individuos, a medida que se van haciendo adultos y se convierten en criterios o puntos de referencia para juzgar en casos particulares, acerca de lo justo, lo correcto y lo moral de las acciones a realizar. Este juicio de valor *personal y particular*, es el que debe formar en su conciencia cada sujeto antes de obrar.¹⁹³

Los juicios de valor generales se convierten en criterios o puntos de referencia para juzgar en casos particulares, acerca de la moralidad de las acciones concretas que vamos a realizar. Este juicio de valor personal y particular es el que debe formar en su conciencia cada sujeto antes de obrar y que lo puede abocar en razón a su firme convicción a seguirlos, aplicarlos o mantenerlos aunque se opongan a las leyes.

Ahora bien. Esta aproximación abstracta y general a una teoría ética con aplicación al marketing digital constituye el fundamento filosófico que permite la reflexión al momento de articularla con la actividad económica implícita en el e-marketing no solo como componente funcional de la empresa sino como orientación global del negocio en su conjunto. Son variadas las interpretaciones sobre lo que significa la ética dentro de un entorno de marketing y específicamente en el marketing digital por lo que resulta necesario

¹⁹²LLANO Escobar A. S.J. *op. cit.* p. 20 y ss.

¹⁹³LLANO Escobar A. S.J. *op. cit.* p. 22.

identificar la relación que une el mundo del e-marketing con las normas ético-morales que teóricamente rigen el funcionamiento de la sociedad y de las cuales se ha realizado una detallada descripción en los contenidos anteriores.

Es fundamental, para la comprensión de la ética de los negocios y de la economía y específicamente en el ámbito del marketing digital establecer el sentido de la distribución entre una ética pública y privada. La ética pública está referida a la moralidad de las estructuras políticas y jurídicas que señalan los fines y objetivos de la vida social. La ética privada es la auténtica moralidad y requiere de la aceptación y la autonomía y para no ser arbitraria debe convertirse en ley general, es decir, universalidad. La ética económica y de los negocios se sitúa en el ámbito de la moralidad pública.¹⁹⁴

Es importante destacar que el comportamiento ético en ámbito del marketing digital implica la concurrencia de aspectos de sensibilidad personal y de integridad por lo que se requiere considerar en el primer aspecto una actitud vital que permite la actuación frente a los problemas globales del mundo. En el aspecto de la integridad se valora especialmente la honestidad y el respeto de los derechos humanos. Agregado a lo anterior se tiene que las acciones éticas en las actividades de marketing, especialmente el e-marketing constituyen una gran inversión a futuro por cuanto permiten ganar identidad, confianza y credibilidad, lo que se traduce en *reputación corporativa*. Es evidente que la reputación corporativa se construye a partir del comportamiento ético y en el acatamiento de la regulación existente, aspectos básicos en el logro de una gestión de excelencia.¹⁹⁵

Por todo lo anterior resulta prioritario comprender que el que-hacer ético y el razonamiento moral en el que se desarrolla la vida económica y por el que transcurre el quehacer del e-marketing no se limitan a una aplicación automática de reglas estandarizadas, pues lo que imponen es una búsqueda imaginativa de alternativas de actuación, tanto a nivel individual como a escala institucional y social en un escenario que constantemente nos enfrenta a situaciones concretas, determinadas circunstancialmente por

¹⁹⁴ ABASCAL R. F. *Marketing Social y Ética Empresarial*. ESIC Editorial. www.editorial.esic.es, 2005

¹⁹⁵ ABASCAL R. F. op. cit. 2005

unas metas, unos objetivos, unas prioridades, unos recursos generalmente limitados, unos principios más o menos firmes, unas dificultades mayores o menores, unas habilidades o fortalezas, unas debilidades como también oportunidades y una gran discrepancia de intereses que es necesario compaginar, concretar, interpretar y aplicar con la finalidad de dar salida a gran cantidad de situaciones de “*tono gris*” ya que normalmente no tenemos que optar entre “*el bien*” y “*el mal*” sino entre “*bienes y males entreverados*” y en régimen de incertidumbre.

La vivencia corresponde a un nuevo contexto y una nueva realidad donde impera el pluralismo como nueva conquista histórica al momento de afrontar los problemas específicos de la ética aplicada al marketing digital.¹⁹⁶ El nuevo escenario plantea la necesidad de reconocer lo que algunos humanistas¹⁹⁷ han denominado los “*mínimos y máximos morales*” frente al conflicto ético. Los primeros, es decir, “*los mínimos*” hacen referencia a aquellos principios innegociables que se constituyen en prerequisites y condiciones de posibilidad de la ética y que todos habríamos de suscribir. Los “*máximos morales*” corresponden a propuestas de actuación consideradas opcionales ya que pueden compartirse o no, sin que por ello se esté traspasando el límite de lo que es o deja de ser ético.

Con base en lo anterior cabría entonces abordar nuevamente los interrogantes enumerados inicialmente frente a las implicaciones éticas en las actividades de marketing. Así por ejemplo es muy frecuente entre destacados humanistas y filósofos-economistas¹⁹⁸ argumentar a favor o en contra la “*supuesta contradicción*” entre ética y economía o la independencia de la segunda respecto a la primera. No hay que magnificar el discurso económico; ni mucho menos pretender que la actividad económica sea inmune a la dimensión ética de la vida social. Urge la necesidad de establecer lineamientos doctrinales

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ J., FONTRDONA *et all.* (1998) *Ética del Marketing*. Unión Editorial, S.A. Madrid. p. 39

¹⁹⁷ FERNÁNDEZ J., FONTRDONA *et all.*(1998) *op. cit.*p. 40

¹⁹⁸ La economía científica nace y se desarrolla prohijada por filósofos y moralistas que unieron la investigación económica a la reflexión ética y viceversa. Por ejemplo Aristóteles, Santo Tomás, Spinoza, Adam Amith, Kart Marx, quienes buscaron vertebrar coherentemente lo ético y lo económico, rescatando de alguna forma la antigua unidad de la filosofía práctica, es decir, la vinculación de ética, política y economía. En: FERNÁNDEZ J., FONTRDONA *et all.* (1998) *op. cit.* p. 43.

que permitan incorporar como parte de la teoría económica los referentes éticos, en ella operantes. Es evidente que, desde cualquiera de los dos puntos de vista, la economía necesita entre otras cosas, de la racionalidad de la ética; a la vez que la ética debe apoyarse también, en la racionalidad científico-económica.

Para el acercamiento al análisis de otros conflictos o problemas ya enumerados y referidos a la conexión entre ética y marketing, específicamente el e-marketing se requiere volver sobre la acepción de marketing como “*Conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda, y estudio de los procedimientos y recursos tendientes a este fin*” (Diccionario de la Real Academia) pero igualmente se ha argumentado que el marketing (y el e-marketing, como una modalidad de éste) es un área funcional de planificación y coordinación de la empresa referida muy cuidadosamente a la investigación comercial de mercados y sus bien conocidas funciones resumidas en las “*cuatro pes*” aspectos que facilitarán el análisis de los problemas mencionados.

El *Producto* corresponde al nexo de la empresa con el mercado y puede plantear problemas éticos relacionados con la calidad, servicio posventa, productos peligrosos o que impliquen algún tipo de riesgo. Con respecto al *precio* se generan toda una serie de conflictos que pueden resumirse en todas aquellas situaciones relacionadas con *el precio justo*. El aspecto referido a la *distribución y venta* y sus distintas modalidades, especialmente la digital permiten reconocer el alto grado de “*sensibilidad ética*” que ofrecen. Con respecto a la *publicidad y promoción* resulta fácil suponer la cantidad y variedad de problemas éticos que presentan.

Antes de abordar la responsabilidad como base fundamental del comportamiento ético aplicado al marketing digital, sin la cual no es posible una concepción de ética, pues al desaparecer este importante atributo humano, desaparece también la ética propiamente dicha; podemos afirmar que en cualquiera de las políticas referidas al marketing mix o en la estricta investigación de mercados la dimensión ética aflora sin tener que realizar

grandes esfuerzos de análisis, más aún si consideramos que, al marketing y específicamente al marketing digital se le endilga el engañar, manipular, crear necesidades artificiales, explotar a la gente, introducir valores espurios y de atentar contra valores importantes. Se le hace responsable de fomentar el consumismo y de fijar precios desmesurados. Se le responsabiliza de atentar contra la libre competencia creando barreras artificiales de entrada en los mercados y de actividades depredadoras contra las empresas competidoras. Es evidente que, el marketing ofrece muchos flancos a las consideraciones éticas y morales que justifican un estudio sistemático de la manera como se aplican o dejan de aplicar (y como deberían aplicarse) los cánones y valores éticos en las decisiones, en las conductas, en la investigación, en las políticas, las prácticas y las técnicas de mercado como lo sugieren los tratadistas del tema.¹⁹⁹

4.2. Responsabilidad social e implicaciones para el marketing digital.

La dimensión social del marketing tiene como fundamento el hecho de que las empresas existen con la finalidad de servir a la sociedad, lo que implica tener un contenido ético y social en sus prácticas de marketing-mix. No obstante lo anterior, cada vez un mayor número de analistas y críticos sociales asocian el e-marketing con el consumo exagerado o “consumerismo”²⁰⁰, que se origina por un desequilibrio entre el poder de las empresas y el ejercicio de su responsabilidad social, lo que degenera en perjuicio del consumidor. Se afirma igualmente que las empresas a menudo planifican la obsolescencia de sus productos con la finalidad de que los compradores adquieran nuevas versiones que realmente incorporan muy pocas mejoras funcionales. Pero además aseveran que la publicidad agrega demasiados costos al precio de los productos y que la ganancia bruta de los fabricantes es exagerada. Las críticas se extienden al señalamiento de los abusos en el poder político de algunos grupos de industrias y a la discriminación de grupos poblacionales constituidos por familias de bajos ingresos.

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ J., FONTRONDA *et al.* (1998) *Ética del Marketing*. Unión Editorial, S.A. Madrid. p. 83.

²⁰⁰ **Consumerismo:** Hace referencia a un movimiento social que enfatiza el incremento de los derechos y poder de los consumidores en su relación con los vendedores. Corresponde de hecho, a una asociación de consumidores con características de cooperativa. En: ABASCAL Rojas. F. *Marketing Social y ética empresarial* (2005) ESIC Editorial. www.editorial.esic.es

Las anteriores constituyen algunas razones por las que cobra relevancia el concepto de que el marketing debe ser socialmente responsable, es decir, que debe asumir de forma proactiva sus deberes éticos, debido principalmente al gran poder social que tienen las empresas; y que los compradores potenciales pueden educar sus deseos más superfluos y caprichosos.

Efectivamente, se asocia el e-marketing con el consumo exagerado o “consumismo”, que se observa predominantemente en las “Sociedades de economía desarrollada de Occidente”, la gente compra de manera compulsiva en medio del ruido de la publicidad y de la presión de las ventas del comercio y las industrias como también de la presión de los agentes del mercado. La mayoría de las críticas sociales al e-marketing, provienen de sociólogos y humanistas que viven en tales sociedades “consumistas” como por ejemplo: Estados Unidos de América, Inglaterra y Francia.

Así entonces, se sindicó a la industria automotriz y electrónica de aplazar la introducción de algunas características y mejoras funcionales en sus productos con el fin de incorporarlas en nuevos modelos que desafían el interés de los consumidores, convocándolos a adquirirlos para obtener mejoras en su desempeño. Los expertos en marketing se defienden respondiendo que a menudo las personas se cansan de usar los mismos productos, por lo que desean cambios en los modelos y además quieren tener productos con mejores características. Afirman que para un fabricante es un serio riesgo el aplazar la incorporación de innovaciones en sus productos porque pueden exponerse a que sus competidores lo hagan primero.

Los críticos sociales dicen que se abusa del concepto de la marca del producto y que se agrega un valor psicológico, más que características útiles y diferenciadas de uso. Afirman que es excesivo el cargo que las compañías hacen a los productos por concepto de su presentación, campañas publicitarias y rondas promocionales. Los mercadólogos contestan explicando que a menudo las personas desean obtener la implicación psicológica que constituye comprar una marca reconocida cuyas características funcionales

permanecen estables a través del tiempo. Aseguran que por esta razón las marcas reconocidas dan confianza a los compradores y hacen que estén dispuestos a pagar un mayor valor por concepto de la calidad y la seguridad.

Igualmente, muchos economistas dan su aporte a estos argumentos explicando que un gran número de bienes debe producirse con anticipación a su demanda, considerando las economías de escala y de producción masiva y, por lo tanto afirman que es necesario diseñar promociones con el propósito de que los inventarios roten oportunamente.²⁰¹

Un estudio reciente de la Unión de Consumidores de Estados Unidos de América, determinó que las cadenas de ventas a detallistas no ubicaban sus almacenes en vecindarios o distritos de bajos ingresos por lo que la Federal Trade Comisión (FTC)²⁰² de los Estados Unidos intervino con acciones legales contra esta discriminación. Con respecto al ejercicio de demasiado poder político, los críticos sociales expresan que en un gran número de países, muchas empresas globales y poderosas han conseguido que algunos legisladores apoyen los intereses de sus gremios industriales. Esto se ha verificado con industrias licoreras, tabacaleras, automotrices, farmacéuticas y petroleras entre otras. La manera de que se sirven estos conglomerados para hacer presión política o cabildeo *-lobbying-* es ofreciendo apoyo financiero para campañas políticas y pre-negociando prebendas para grupos de amigos o familiares de los funcionarios que, de ser elegidos, estarán involucrados en las decisiones normativas y reguladoras para estas industrias. Se sabe por ejemplo que los precios controlados de varios productos básicos y de otros suntuarios como los licores y los cigarrillos de varios países latinoamericanos se negocian previamente con los legisladores y que además el impuesto que algunos Estados fijan sobre la venta de estos productos (concretamente licores y cigarrillos) excede el cien por cien del precio neto del fabricante con el pretexto de que estas rentas se dedican a educación y salud, pero su manejo a menudo se encuentra cuestionado por acusaciones de corrupción. Adicionalmente, los críticos expresan que los valores morales que soportan esas decisiones

²⁰¹ PRADA DAZA R., *Análisis de la crítica social al marketing*. Universidad Icesi. Cali – Colombia 2006
www.icesi.edu.co/revistas.

²⁰² Agencia Nacional de Protección al Consumidor. Trabaja para prevenir las prácticas comerciales fraudulentas, engañosas y desleales en el mercado. www.consumidor.ftc.gov/

son claramente contradictorios, ya que pretenden promover el consumo de licores para mejorar la educación y la salud.²⁰³

Ante la complejidad de la injerencia del poder político de algunas compañías globales y ante la problemática social de los países que son objeto de sus influencias, el argumento de los mercadólogos ofrece una débil impugnación, debido a que las intrincadas implicaciones en el juego del poder transnacional, la mayoría de las veces escapa a su control. Pero no así en lo que concierne a la representatividad que ellos pueden tener en gobiernos honestos y con enfoques de equidad social y de servicio.

En estos escenarios los mercadólogos están llamados a demostrar que el e-marketing no es solo la promoción de ventas, sino que también puede elevarse a un concepto de información de las necesidades humanas y su consiguiente servicio. Muchos profesionales del marketing son conscientes del efecto nocivo que les puede acarrear abusar de sus influencias. Al respecto los reconocidos tratadistas de marketing Kotler y Armstrong (1998) expresan: “El abuso del poder de los negocios tiende a dar como resultado fuerzas contrarias que controlan y compensan esos poderosos intereses.”

Como respuesta a estas situaciones y a la crítica social al marketing se generan una serie de acciones sociales como respuesta de los consumidores ante los intereses desmedidos de los productores que ponen de relieve el concepto de la mercadotecnia fundado en la filosofía de no solo, un servicio al cliente sino fundamentalmente buscar el mutuo beneficio consumidor-fabricante/productor. Las prácticas de e-marketing deben orientarse a lograr el mejor desempeño a largo plazo del sistema de mercadotecnia de las empresas y organizaciones y se reitera la concepción ética de ésta disciplina tan trascendente y milenaria como la humanidad misma y que destaca que el marketing para ser ético debe ser socialmente responsable.

²⁰³ PRADA DAZA R., *op. cit.* 2006

Esta perspectiva ético-filosófica del marketing en los escenarios descritos anteriormente implica el deber de orientar al consumidor frente a sus derechos, generar el efecto del valor social agregado mediante el diseño de productos innovadores que se transen en condiciones de equidad.

Resulta muy oportuno evocar el pensamiento de Malinowsky cuando afirma que “La Sociedad en todos los tiempos y latitudes acaba por crear aquellas instituciones que le resultan necesarias para su funcionamiento “y efectivamente: como una respuesta de los consumidores frente al desafuero de los productores surgen y se crean las organizaciones por la defensa del consumidor apoyadas jurídicamente con normas y leyes que les protegen y defienden. Un ejemplo ilustrativo de esta iniciativa es la creación en los Estados Unidos del Consumerismo que tiene como antecedente las denuncias del novelista americano Upton Sinclair acerca de las condiciones insalubres en el procesamiento de las carnes industriales en Chicago y las maniobras de la industria farmacéutica para afectar el precio de sus acciones. El consumerismo tomó fuerza a raíz de las inequitativas alzas de precios durante la gran depresión estadounidense de los años treinta y luego en los años sesenta con la denuncia de varios críticos sociales, entre ellos el escritor Ralph Nader, sobre las prácticas poco éticas de varios grupos de industrias. Todos estos hechos ocurridos a partir del siglo XX han fortalecido las organizaciones por la defensa del consumidor y constituyen un gran ejemplo a emular en muchos otros países.

Si a lo anterior agregamos la evidente necesidad que se tiene en el nuevo siglo de promover y crear una conciencia ecológica-ambiental que responde a necesidades no solo en el área de la economía sino también en las áreas de Salud Pública, en lo social, en lo cultural y especialmente en lo ambiental; pues es un hecho probado que la sobre-explotación de la pesca, la tala incontrolada de los bosques, la exagerada explotación de minerales, la afectación de la capa de ozono, la lluvia ácida y los desperdicios tóxicos son fruto del crecimiento desmedido que no observa ni respeta los protocolos y códigos de conducta mundiales que llaman a la moderación. Así por ejemplo: los Estados Unidos de América, con un 38% del consumo mundial de combustibles fósiles, dobla al segundo consumidor que es Rusia y a pesar de la evidencia del incremento del efecto invernadero

en el planeta, que tal consumo ejerce, se niegan a aceptar las recomendaciones sobre la racionalización del consumo argumentando razones de mercado.

Con base en lo anterior, los ambientalistas manifiestan que el objetivo del marketing debe ser mejorar la calidad de vida de las personas y no el incremento del consumo ni la satisfacción de los deseos más caprichosos de los consumidores. Sostienen que la calidad del ambiente implica la calidad de vida y exigen que los costos ambientales se tengan en consideración al momento de tomar decisiones de transacción tanto de los consumidores como de los fabricantes. Los mercadólogos han expresado su acuerdo con las políticas y las prácticas que conduzcan a un mayor cuidado del medio ambiente y de las reservas del planeta. Ejemplo de ello es su apoyo a la *Eco-Management and audit*. Regulación de la Unión Europea que proporciona pautas para la autorregulación ambiental. Cabe igualmente resaltar la creación de los índices FTSE4 Good de la Bolsa de Londres, que privilegian las acciones de las empresas que observan prácticas de responsabilidad social y valores éticos. A propósito de la consideración ambientalista del e-marketing se genera la Mercadotecnia Verde, que propende por las tres Rs del control de desperdicios: Reducir, Reutilizar y Reciclar.

Retomando el enfoque ético y la conceptualización filosófica y pragmática de que el marketing debe ser socialmente responsable es fundamental tener siempre en consideración que:

Ante las condiciones actuales de los mercados, los consumidores tienen el derecho a estar bien informados de los alcances y características reales de los productos y servicios que se les ofrecen. Para validar este legítimo derecho los Estados nacionales, las Organizaciones y empresas deben alentar y garantizar voluntaria y/o coactivamente que la comunicación empresarial sea veraz y fidedigna y deben ejercer un estricto control sobre las prácticas engañosas, el dumping y las prebendas de los monopolios.

Así mismo, se puede inferir la responsabilidad de las organizaciones sociales, del sector educativo y la Academia, las que con base en el principio de que “Los deseos se

pueden educar”, revisen y cuestionen su “deber ser social”, educando de una mejor manera las tendencias de los individuos por satisfacer necesidades más que deseos. Esto es, educar sobre la prioridad de satisfacer, ante todo, las necesidades básicas del mayor número de personas posibles, aun a costa de sacrificar la satisfacción de muchos deseos superfluos. Se trata de generar una campaña social de educación pero los beneficios compensarán los costos y los esfuerzos, que se traducirán en una mejor distribución de los recursos locales, nacionales y mundiales; en una mejor calidad de vida para muchas personas y sobre todo en la disminución de las presiones sociales.

La intervención del marketing y su compromiso ético-social debe ser decidida, efectiva y dinámica en el objetivo de alcanzar la solidaridad y la equidad que con urgencia demanda el mundo. La pobreza e indigencia que existe en el mundo no se deben a la naturaleza sino al hombre mismo, a ese hombre que debe rescatar y fortalecer su conciencia social para mejorar la calidad de vida de todos. En este deber tan trascendental no puede fallar el e-marketing, pues estaría poniendo en riesgo el escenario mismo de su actividad, es decir, el mercado.

Considerando las razones anteriormente expuestas y que enmarcan la ética de las actividades de e-marketing como un comportamiento socialmente responsable que busca conseguir que las empresas sean generadoras de beneficios económicos a largo plazo a la vez que resultan beneficiosas para la sociedad, necesariamente, debe direccionar el e-marketing en su concepción de negocio y no solo como el área funcional o Departamento de marketing de toda empresa; estableciendo nuevas formas de gestión expresadas en términos de orientación al consumidor y de satisfacción de sus intereses. El consumerismo pasa de ser el escudo de protección y defensa del cliente/usuario para conceptualizarse en términos de promocionar por parte de las empresas, el bienestar social de los consumidores, así como la protección de sus derechos. Así entonces, se consigue ponderar los intereses de los consumidores y de las empresas en un “ganar tú-gano yo”, porque para entonces, el interés del consumidor será el común denominador de ambas partes.

Las aplicaciones de la ética en las actividades de e-marketing, se apoyan en consideraciones como las relacionadas por Ramos H. E.,²⁰⁴ así:

1. El protagonismo y la emergencia por la defensa de los derechos de los consumidores que se traduce en un papel cada vez más activo en la sociedad y en los mercados.
2. La labor de control que se ejerce “en tiempo real” en la opinión pública y que pone de manifiesto las irregularidades de los productos y servicios de las empresas que abusan y estafan a sus clientes. Aspecto éste que cobra especial relevancia con el desarrollo y la gran disponibilidad de herramientas que aporta actualmente el marketing digital.
3. El papel de los poderes públicos que generalmente se posicionan a favor del consumidor y que vienen desarrollando toda una serie de mecanismos institucionales y una regulación de sus derechos de protección, en diversos ámbitos, con regulaciones cada vez más exigentes.
4. La constitución, formación y consolidación de instituciones representativas de los intereses de los consumidores.
5. La proliferación de los “ombudman” (defensor del consumidor) como mecanismos que las propias organizaciones establecen para la protección de sus clientes y como garantía de sus servicios.
6. El componente de imagen corporativa que se puede conseguir invocando razones y argumentos de índole ético-moral.

²⁰⁴ RAMOS H. E., *La Ética del marketing: Importancia de la ética y responsabilidad social para la efectividad organizacional*, Ed. Caja San Fernando., Sevilla- España 2001, p. 81 y ss.

7. La reacción psicológica ante la proliferación de escándalos derivados de proceder poco éticos en los que a menudo se ven envueltas las empresas.

Es así como la aplicación de la ética en la gestión empresarial y específicamente en las actividades de marketing es considerada actualmente como fuente de ventaja competitiva para las empresas y como bien lo afirma Cortina A. *“La ética genera beneficios, es rentable y es negocio”*.

4.3. La Protección de datos como expresión del derecho a la Privacidad, a la Intimidad, a la Propia Imagen y a la Autodeterminación Informativa.²⁰⁵

La Legislación reconoce el derecho a la Libertad Informática por constituir garantía de otros derechos como el honor y la intimidad y por tratarse de un derecho autónomo que protege a las personas frente al uso indebido de la informática. La necesidad de garantizar seguridad o protección a los datos de carácter personal recabados por las empresas, organizaciones y para el tema en cuestión: el espacio digital constituye una preocupación permanente en las instituciones nacionales e internacionales por amenazar el equilibrio entre la seguridad y la libertad; preocupación que ha llevado a que el Comité Económico y Social de la Unión Europea afirme que *“La cultura de la seguridad debe concebirse de manera plenamente compatible con la libertad de información, comunicación y expresión, las libertades económicas, sociales y culturales, y en general todos los derechos de la persona humana”*²⁰⁶ Preocupan igualmente los diversos enfoques legislativos en varios países durante los últimos años. Las transacciones internacionales de datos se han incrementado notablemente y uno de sus objetivos principales es interaccionar la totalidad de los ordenadores de todas las instituciones, en principio públicas, para ir conociendo e integrando toda la información; lo que a juicio de muchos constituye una regresión en las libertades individuales y colectivas. Funcionarios de la Comisión de Libertades e

²⁰⁵RIVERA SANCLEMENTE, María del Rosario. *La protección de datos en el entorno laboral*. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. GECTI. Núm.7, Junio de 2012, ISSN 1909-7786 Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia.

²⁰⁶FARRIOLS. S., *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*. Madrid 2006: Cinca. S.A. En: RIVERA SANCLEMENTE, María del Rosario .op. cit.p. 4. 2012

Informática española han advertido sobre muchos abusos de poder con sistemas a escala muy pequeña amparados en una “falsa seguridad”, lo que a futuro se proyecta en proporciones gigantescas e incontrolables en detrimento de las libertades y derechos ciudadanos. Existe igualmente la certeza de que las tecnologías especialmente destinadas a potenciar las comunicaciones están aplicándose cada vez más al control de la ciudadanía. (Ejemplos que ilustran esta situación lo constituyen el caso del ciudadano americano Edgard Snowden, experto en Seguridad informática, funcionario de la CIA y de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) de los EE.UU, quién en mayo de 2013 divulgó contenidos y documentos clasificados como de alto secreto sobre Programas de vigilancia masiva. Otro caso semejante es del australiano Julian Assange fundador de WikiLeaks experto en Informática quien en Octubre de 2010 revela información confidencial obtenida a través de ordenadores generando varios incidentes diplomáticos).

La Constitución española en su artículo 18.4 establece como un elemento fundamental, que la ley limitará el uso de la informática para proteger el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos. La actual Sociedad de la Información o Sociedad del Conocimiento aborda principalmente un modelo de organización social caracterizado por una sociedad inmersa en una nueva revolución industrial propiciada por el desarrollo de nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) que como consecuencia de lo anterior centra su poder en función de la posesión y capacidad de uso de la información disponible. La potencialidad de la informática en la sociedad actual está referida a un *“Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automatizado de la información por medio de ordenadores”* ²⁰⁷Evidentemente, los avances informáticos han contribuido de manera decisiva a mejorar nuestra calidad de vida; pero igualmente nunca como ahora nuestra intimidad ha estado más amenazada. Y es que los peligros que comporta el tratamiento automatizado de datos personales rodean todos y cada uno de los ámbitos en que se desarrolla nuestra existencia.

²⁰⁷LUJAN A, J., *Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo*. Pamplona, España 2003. Aranzadi. S.A. En: RIVERA SANCLEMENTE, María del Rosario. op. cit.P. 6. 2012

Lo anterior explica las frecuentes inquietudes manifestadas por gobiernos y organizaciones supranacionales en atención a regular jurídicamente el manejo informático de los datos personales. Las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones como: ordenadores, Internet, correo electrónico, teléfonos móviles, grabadoras (de la palabra, de la imagen o del sonido), entre otras, han alcanzado un progresivo avance en su utilización general trascendiendo más que como herramientas de información y comunicación en las repercusiones que el uso de estas nuevas tecnologías puede provocar en el derecho fundamental a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones establecidas en el artículo 18.1 y 18.3 de la Constitución española (CE). Así mismo, el ordenamiento jurídico colombiano reconoce este derecho en respuesta a las continuas tensiones que se dan entre lo particular o lo personal y aquello que podría calificarse como de interés público o general, señalando en el artículo 15 de la Constitución Política (CP) que toda persona por el hecho de serlo goza de protección en lo que atañe a su vida privada. La Corte Constitucional (CC) en Colombia señala que la intimidad no puede referirse únicamente a las categorías de lo público y lo privado y la define como “...*la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permite a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal espiritual y cultural*” (Corte Constitucional. Sentencia T-787 agosto 18-2004) es decir, el espacio de aislamiento del que goza todo individuo que solamente puede ser penetrado por extraños cuando medie el consentimiento de su titular o una orden judicial. (Corte Constitucional. Sentencia T-896-1996)

El ***derecho a la Intimidad*** es un derecho relativamente reciente cuyo origen se remonta al conocido artículo *The Right to Privacy*, de S. Warren y L Brandeis, quienes manifestaban su inquietud sobre la necesidad de que el derecho a la intimidad o a los acontecimientos de la vida privada de un individuo recibiesen la protección adecuada frente a la injerencia de los medios de comunicación. En ese entonces, los juristas se refirieron a un derecho de exclusión (*The Right to be let alone*) como una reafirmación de la intimidad y la individualidad. Con la era de la información, esa privacidad se ve debilitada tal como

lo afirma Suñe (2000)²⁰⁸: “Al entrar en la era informática, cosa que sucediera inmediatamente después de la segunda guerra mundial, el ser humano se vuelve más y más de cristal, a partir del tratamiento masivo de los más diversos datos de las múltiples acciones de su vida cotidiana, que son susceptibles de quedar y de hecho quedan registradas en un ordenado.” El mérito inicial corresponde a un Estado integrado en la antigua República Federal Alemana, el Land Hessen, que promulga su Ley el 7 de octubre de 1970. El primer Estado soberano que dispuso de lo que abreviadamente se denominan “Leyes de protección de datos” fue Suecia, que promulgó su Ley en 1973.²⁰⁹ En EE.UU. se promulga la *Privacy Act* del 31 de diciembre de 1974 y a partir de entonces numerosos países de la Comunidad Europea dieron sus iniciativas para la legalización y el control del manejo privado y público de los datos personales de sus ciudadanos a través de Internet y otros medios de comunicación considerando la evidente desventaja de poder que tiene el usuario en relación con el proveedor de servicios. Los países latinoamericanos y demás naciones en vías de desarrollo con algunas salvedades, mantienen una desregularización total en la protección de los datos personales para el resguardo del Derecho a la intimidad. Colombia expide la Ley Estatutaria de Habeas Data en el año 2008²¹⁰

La gran influencia de EE.UU., se ha hecho sentir en la región por la amenaza anunciada de un menoscabo en las inversiones, pues considera que regular el avance de las autopistas de la información deviene en un menoscabo al desarrollo industrial y económico, lo que coincide con su legislación y política economicista.²¹¹ Europa ha entendido la necesidad de prevalecer el derecho a la intimidad sobre la libertad de comercio y constitucionalmente ya se ha consagrado tal protección en diversas naciones. En 1983 el Tribunal Constitucional Alemán emite su famosa Sentencia sobre la Ley del Censo utilizando el término *Derecho a la autodeterminación informativa* que alude a la

²⁰⁸SUÑE. L., (2000) *Tratado de Derecho Informático*. Vol 1., Madrid: Universidad Complutense de Madrid. En: RIVERA SANCLEMENTE, María del Rosario. *op. cit.* p. 7. 2012

²⁰⁹SUÑE, L., *Op. cit.*, En: RIVERA SANCLEMENTE, María del Rosario. *op. cit.* p. 8.

²¹⁰Ley Estatutaria 1266 de 2008 (31 de diciembre) Congreso de la República. Por la cual se dictan las disposiciones generales del Habeas Data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países. Declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008.

²¹¹ Es bien conocida la diferenciación entre la concepción comercialista del *Copyright* y la humanística (centrada en los derechos humanos del autor) del *Droit d'auteur* de la doctrina francesa que han asumido la Unión Europea y los países de tradición latina.

protección del Derecho a la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y que se ha conocido en doctrina como *Libertad Informática o Derecho Informático* que le permite al individuo tener potestades e injerencia en el manejo que entidades públicas y privadas hagan sobre sus datos personales. Este precedente jurisprudencial señala que el interesado posee **la autodeterminación informativa** como una facultad para el resguardo del derecho a la intimidad, haciendo especial hincapié en la necesidad de evitar la elaboración de un perfil de la persona a partir de la interacción de archivos que resguardan distintos datos personales del individuo.

España ha considerado esta nueva dimensión del Derecho a la intimidad designándolo como Derecho a la Autodeterminación informativa y que en atención a la protección que exige este nuevo bien jurídico todo Estado democrático debe prever: 1) El reconocimiento a cada individuo del derecho a acceder a la información personal que le afecte, especialmente a la existente en los bancos de datos informatizados. 2) El reconocimiento a cada individuo del derecho a controlar de una forma razonable, la transmisión de la información personal que le afecte. 3) Para garantizar el Derecho a la intimidad individual las leyes deben regular: La limitación del periodo de tiempo durante el que se pueden conservar los datos personales; la definición de los objetivos para los que puede usarse dicha información, que además han de declararse al momento de iniciar la recolección de datos; garantías para hacer efectiva la calidad de los datos personales, es decir, su veracidad, integridad y actualidad y la prohibición de la revelación de datos personales.

La sentencia 134/1999 del 15 de Junio del Tribunal Constitucional de España establece que: *“El derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia pudiendo imponer a terceros, sean éstos simples particulares o poderes públicos su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida.”*

Es necesario establecer la diferencia entre Intimidad y Libertad informativa y para el efecto la Sentencia 292/2000 de 30 de noviembre del Tribunal de España asigna funciones diferentes tanto al Derecho a la Intimidad como al Derecho Fundamental a la

Protección de Datos. El artículo 18.1 CE establece que la función del Derecho fundamental a la Intimidad es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. (...) En cambio el Derecho Fundamental a la Protección de Datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. A este respecto, Rodríguez de las Heras. Teresa²¹² precisa que: "... Privacidad no es anonimato y debe interpretarse como el derecho a controlar los datos personales y cualquier otra información relativa a preferencias, comportamientos e intereses. El problema no es de límites es de control de la información. La Privacidad no significa un derecho al total anonimato; la privacidad y el anonimato son conciliables frente a objetivos de política pública asociados por ejemplo a fraude financiero o infracciones a los derechos de autor."

El ***Derecho a la propia imagen*** asegura el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior, factor imprescindible para su reconocimiento como individuo,

El ***Derecho a la protección de datos de carácter personal*** no busca proteger la privacidad del afectado sino ejercer un control jurídico pleno sobre el uso y destino de la información relativa a la persona. Se entiende por dato: "*Toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable.*" (Martínez)²¹³ El número IP posee la condición de dato de carácter personal, al igual que la dirección de correo electrónico; ambos constituyen una información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. El denominado *tratamiento invisible de los datos* como otra modalidad de Internet gracias al protocolo TCP/IP (

²¹²RODRIGUEZ DE LAS HERAS. B., Teresa. *Legal Framework for Personalization- Based Business Models*. In: *Personalization of Interactive Multimedia Services: a Research and Development Perspective*- CB. Pazos-Arias, José J. y Martín López Nores (editors). Madrid: Nova Science Publishers Inc., pp. 3-23. 2008

²¹³MARTÍNEZ MARTÍNEZ. Ricardo. *Secreto de las Comunicaciones vs. Protección de datos en el ámbito laboral*. Pamplona 2008., Aranzadi S.A. En: RIVERA SANCLEMENTE, María del Rosario. *op. cit.* p. 20. 2012

Control de Protocolo de Transmisión o Protocolo de Internet), por ocultar al usuario información, por ejemplo los datos de conexión que identifican el IP, son actualmente de gran uso en el campo del Comercio Electrónico²¹⁴

El uso de las tecnologías de la Información genera una serie de rastros susceptibles de ser considerados datos personales. Tal naturaleza poseerá un registro de páginas Web visitadas, un análisis del tráfico de un determinado terminal, el registro de números telefónicos en una factura, o la ubicación espacial de un determinado sujeto obtenidas mediante técnicas de localización (Ej: GPS = Sistema de posicionamiento global) El art. 18.4 CE constituye la génesis de este derecho según el cual “ *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*” No por casualidad se ubica en un precepto constitucional que garantiza los derechos fundamentales al Honor, a la Intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE); a la inviolabilidad del domicilio (art.18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el *Habeas Data* es la facultad de conocer en todo momento qué sabe el Estado sobre los ciudadanos; constituye una garantía a la vida privada, no obstante establecer límites legítimos como la seguridad del Estado, o la persecución de infractores penales.

Para el Tribunal Constitucional el objeto de la Protección de datos es la garantía del pleno dominio del individuo sobre su identidad personal. No se trata de proteger su intimidad ni el honor ya protegidos legalmente sino garantizar a la persona (nacional o extranjera) un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir el tráfico ilícito y lesivo para su dignidad y derechos; así como para oponerse (facultad o poder de oposición y control) a cualquier reconstrucción conocida o no de su identidad, comportamiento, ideología y opinión a partir de sus datos personales, por parte de quién los posea. Como lo regula la STC 292/2000, art. 13 LOPD.

²¹⁴RIVERA SANCLEMENTE, María del Rosario. *Seguridad Informática y Comunicaciones Electrónicas*. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid 2009

En conclusión; el *derecho a la protección de los datos* es un derecho esencialmente de prestación cuyo objeto son los datos que permiten identificar a una persona; se propone que la persona sepa, consienta y pueda disponer en todo momento sobre la publicidad de sus datos y su alcance. Difiere del derecho a la Privacidad porque éste protege el dato antes de ser conocido; por el contrario el derecho fundamental a la protección de datos lo hace una vez se revelan a un tercero. El derecho a la Privacidad asegura el dato frente a la curiosidad ajena dotando a la persona del poder jurídico de disponer sobre su accesibilidad a un tercero. El derecho a la protección de los datos otorga el poder de controlar su uso por ese tercero una vez que el dato le ha sido revelado. Así mismo no es un derecho de configuración legal porque su contenido ya ha sido definido en el art. 18.4 de la CE y es de aplicación directa sin necesidad de que medie norma legal alguna que lo concrete. Este derecho ha sido elevado al más alto rango jurídico de protección de la persona frente al conocimiento y uso no consentido, desconocido, no autorizado, fraudulento y abusivo de la información.

La protección de los datos de carácter personal es necesariamente más compleja cuanto mayor sea la difusión de los datos a niveles nunca vistos en la sociedad de la información y el conocimiento. Ello exige su caracterización como derecho fundamental y su delimitación deberá respetar el principio de *LEGALIDAD*, es decir, que el procedimiento no puede adelantarse por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. De igual manera la LOPD ha fundamentado este derecho en los principios de Congruencia, Finalidad, Racionalidad y Consentimiento o Autodeterminación los cuales tienen implícitos otros preceptos como *PERTINENCIA*, es decir, que la recolección y tratamiento de datos solo es posible cuando los mismos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. *FINALIDAD*, esto es, que los datos tratados no pueden ser utilizados para propósitos incompatibles con aquellos para los que hubiesen sido recogidos; *VERACIDAD Y ACTUALIZACIÓN*, significa que los datos serán exactos y deberán estar al día con la situación real del afectado, de manera que se garantice la veracidad de los mismos; por lo tanto, los que sean inexactos o incompletos deberán ser cancelados y debidamente sustituidos; *ACCESIBILIDAD*, en cuanto a que el almacenamiento de los datos solicitados

debe permitir el ejercicio del derecho de acceso a los mismos; *CANCELACIÓN Y DESCONTEXTUALIZACIÓN*. Es decir, los datos serán eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad que justificó su recolección.

4.4 La autorregulación y los Códigos de Conducta.

Ante un fenómeno “deslocalizado” como lo denomina Rodríguez de las Heras²¹⁵ refiriéndose a la Red de comunicaciones por tratarse de un territorio abierto: el ciberespacio, es decir, un mundo sin fronteras que escapa necesariamente a la insuficiente y estrecha regulación del orden nacional con características anárquicas, descentralizada, en forma de malla, que resulta de la conexión reticular de numerosas redes, componentes, estructuras y que conduce a abogar por una regulación que contenga similares rasgos distintivos, es decir, una regulación en red descentralizada, policéntrica y multilateral que da lugar a la participación de todas las comunidades de destino con base territorial o sin ella. No obstante se levantan voces contrarias que se oponen a la regulación del ciberespacio, argumentando principalmente que la actividad electrónica que implica el comercio electrónico y en particular el e-marketing no tiene ubicación geográfica, por lo que no encaja en los parámetros territoriales del reparto de poder regulador entre los Estados. Así mismo las actividades que se desarrollan en la red tienen “efectos simultáneos y equivalentes” en todas las jurisdicciones por lo que todo intento del legislador estatal de regular esta actividad ocasionará efectos indeseables en los demás Estados afectados. Al igual que sería ilegítimo y carente de justicia todo intento de aplicar leyes nacionales a las transacciones de efectos globales.

De otro lado, la organización descentralizada de la Red y su heterogeneidad compositiva ha generado una seria crisis de los modelos regulatorios tradicionales. Propuestas rebatidas fuertemente por quienes estiman que el Derecho dispone de instrumentos lo suficientemente flexibles para resolver problemas de pluralidad de jurisdicciones, de localización de actividades transnacionales y de elección de leyes

²¹⁵ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS T., *Régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*, Ed. Marcial Pons., Madrid 2006., p. 58 y Ss.

aplicables. Otros autores consideran que “... La autorregulación, en un sentido general supone el otorgamiento a los propios operadores del mercado (sujetos privados), a los destinatarios de las normas, de la competencia para dictar reglas que rijan su propia actividad. Al respecto es necesario distinguir entre diversos fenómenos que habitualmente se clasifican indistintamente como autorreguladores. De un lado, se define como proceso de autorregulación (o hacia la autorregulación) una suerte de deslegalización (desregulación) o mejor, traslación descendente de la regulación entre instancias componentes como estructura de reglamentación de ciertos mercados, para obtener proximidad al mercado, flexibilidad y alineación de intereses como ocurre con los mercados financieros, en función del incremento de su contenido técnico y en respuesta a un proceso de “gestión y diseño eficiente” de la regulación ante la complejidad de unas realidades que aconsejan la “desregulación”. De otro lado, se engloba bajo el manto autorregulador el resultado de un auténtico ejercicio de la autonomía de la voluntad para la reglamentación de los intereses y las conductas entre las partes.”²¹⁶

El entorno deslocalizado de Internet ofrece además un fértil espacio para el recurso de otra forma generalizada de autorregulación, los códigos de conducta, que resultan muy oportunos cuando los ordenamientos jurídicos acostumbrados a regular problemas de comportamiento humano, no se pronuncian frente a las relaciones entre instrumentos tecnológicos. Los códigos de conducta constituyen, en expresión de Rodríguez de las Heras²¹⁷ “... una de las fórmulas que más popularidad ha adquirido en el espacio digital por ser flexibles, adaptados a la a-territorialidad de la res, útiles como sello de calidad y garantía, instrumentos de selección con base en el mercado, los Códigos de Conducta son recibidos con agrado, y promovidos por la normativa reguladores de la sociedad de la información.”²¹⁸

²¹⁶RODRÍGUEZ DE LAS HERAS T. *Códigos de conducta y espacio digital*. op. cit. p. 23. 2009

²¹⁷Profesora Titular interna de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. Miembro del Proyecto I+D “Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica” (SEJ 2006-07116/JURI). Coordinadora del II Congreso Internacional sobre Códigos de Conducta y Mercado. Espacio digital, consumo y resolución de conflictos.

²¹⁸RODRÍGUEZ DE LAS HERAS T. (2009) *Códigos de conducta y espacio digital*. op. cit. p. 23

Los Códigos o las normas de conducta son unos elementos integrantes de un sistema de autodisciplina, que para ser considerado como tal, ha de reunir requisitos como: ser una agrupación voluntaria de miembros (disciplina colectiva y no individual); disponer de unas normas de conducta elaboradas por los miembros o por un tercero; contar con la presencia de un órgano de control que supervisa el cumplimiento y adopta las medidas previstas. Es importante destacar que la ausencia de alguno de estos componentes determina un sistema de autodisciplina incompleto. No todos los códigos de conducta y las buenas prácticas en Internet se enmarcan en sistemas colectivos de autocontrol. De hecho buena parte de ellos responden a modelos individuales de autodisciplina que tienen como fundamento el consentimiento.

Desde un enfoque jurídico y “...en el marco de las relaciones entre las empresas y los consumidores la posición de los Códigos de conducta viene reforzada por la calificación como práctica comercial desleal (engañosa) del incumplimiento, en determinadas circunstancias, por parte del comerciante de los compromisos incluidos en el código que se haya comprometido a respetar. La fuerza obligante de los códigos de conducta y buenas prácticas no puede tener otro fundamento que el consentimiento. La adopción de un Código de conducta, la adhesión a un sistema de calidad, la muestra de un “sello de confianza” representa un “compromiso” del prestador, del operador económico, ante la generalidad de sus clientes –también potenciales- sin necesidad de que concurra la celebración de un contrato, con efectos *erga omnes* (loc., latina = frente a todos; que obliga a todos). La expansión de los Códigos de conducta refleja una insospechada revitalización de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Esta es la raíz obligacional que vertebra una aproximación a la figura de los Códigos de conducta y dirige el estudio sobre su naturaleza jurídica.²¹⁹

El papel que el derecho vinculante establecido por el legislador debe desempeñar en toda esta cuestión es ciertamente relevante. Sin embargo, además del elevado incumplimiento que de la normativa relativa al espacio digital existe, se plantean en la

²¹⁹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS T. *Códigos de conducta y espacio digital*. op. cit. p. 23. 2009

práctica, lagunas legales, pues el legislador suele estar rezagado, es decir, suele ir por detrás de la realidad social y de la actividad económica. Se hace referencia frecuente a un cambio de paradigma pues además de la supremacía de la Constitución sobre la Ley se alude a una crisis en la que el poder creador de la norma ha dejado de identificarse con el poder legislativo y en consecuencia en una auténtica crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica que transita hacia un nuevo paradigma teórico o Postpositivista y según otros Neoconstitucionalista. Entre sus fundamentos conceptuales se destacan: *Primero*; pasar del modelo de las reglas al modelo de coexistencia entre reglas y principios (Las reglas son normas generales y cerradas cuya aplicación excluye cualquier forma de valoración) Los principios, además de dotar de sentido a las normas, son mucho más abiertos, generales y abstractos que no suministran razones concluyentes para la decisión y cuya aplicación se describe mejor en términos como la “ponderación”. *Segundo*; en el paradigma positivista las normas mantienen las relaciones propias de la Lógica Formal, como las derivadas de la deductibilidad²²⁰ o la jerarquía, de suerte que una regla que no encaje en este tipo de relación queda excluida del sistema; por el contrario, en el paradigma postpositivista, además de la noción lógica de consistencia normativa, se recurre a la idea de coherencia valorativa, de suerte que dos normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido y propósito práctico. *Tercero*: para el esquema positivista las operaciones de “crear normas” y “aplicar normas” son conceptualmente opuestas, siendo la primera una cuestión básicamente política y la segunda una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica, en el postpositivismo no se da una separación tan radical entre el razonamiento político y el jurídico, de modo que, como dice Aquiló, el razonamiento político se jurídicifica y el razonamiento jurídico se politiza. *Cuarto*: en lo relativo a los juicios de validez de las normas y con la propia noción de juricidad; el paradigma positivista soporta todo el Derecho en fuentes (hechos y actos creadores de normas) y es expresión de una racionalidad de tipo formal: la autoridad (que dicta la norma y ha de estar habilitada para ello a través de la respectiva norma de

²²⁰ GARCÍA RUBIO, María Paz.,(2012) En: BOLETIN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA. NÚM. 2141. Abril de 2012. *Responsabilidad Social Empresarial y Autorregulación. Los Códigos de conducta y las fuentes del Derecho. Estudio Doctrinal*. AGUILÓ REGLA, J.,(2007) *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del derecho, 30, p. 670. “Dos normas son consistentes (lógicamente compatibles entre sí) cuando es posible cumplir ambas normas simultáneamente. Los conflictos entre normas son, pues, de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad de cumplimiento simultáneo de dichas normas”

competencia habilitante), el procedimiento (la forma de acción de dictar la norma) y la consistencia (la compatibilidad lógica) de la nueva norma con las normas superiores y que constituye el entramado conceptual con el que se construyen los juicios formales de validez y en definitiva, de juricidad. A *contrario sensu* para el postpositivismo en el Derecho hay fuentes (hechos y actos creadores de normas) pero no todo el Derecho se fundamenta en fuentes, porque hay normas cuya validez no descansa en criterios formales sino materiales. Haya o no cambio de paradigma lo que es evidente es que se ha sobrepasado el modelo de la ley como fuente suprema y única propia del esquema positivista puro a un sistema de pluralidad de fuentes de origen y características muy diverso. Este nuevo modelo plural como lo concibe Rodríguez de las Heras²²¹ “...traspasa fronteras obligado por la irrupción de las nuevas tecnologías en todos los aspectos de la vida social y de la actividad económica, generando todo un proceso histórico de migración del espacio físico al espacio digital. Objetos, sujetos y actividades migran del espacio analógico al espacio digital; del mundo de los átomos al mundo de los bits...” El nuevo modelo va más allá del legislador único que daba el protagonismo hegemónico y prácticamente monopolístico al Estado nacional en la creación del Derecho; el actual es un poder legislativo descentralizado, con unas características y origen diverso (estatal, autonómico, europeo o internacional) cuyas relaciones obedecen a principios de distinta naturaleza que no siempre resultan fáciles de cohonestar (competencia, subsidiariedad, proporcionalidad, etc.)²²²

Como derivación del auge y expansión tecnológica, el aspecto más destacado en el campo de la regulación ha sido el de la calidad, dado que la norma fija tanto los requisitos que ha de cumplir un producto o servicio para que su utilización genere los resultados requeridos como los procesos productivos a seguir para alcanzar tales fines con las cotas de calidad adecuadas. Lo cual predefine su elaboración bajo determinados factores metodológicos que mejoren las formas de actuar en el ámbito organizativo. Para muchas empresas e instituciones el seguimiento de las normas de calidad ISO 9000 han supuesto un

²²¹RODRIGUEZ DE LAS HERAS T. *Códigos de conducta y espacio digital*. op. cit. p. 23. 2009

²²²GARCÍA RUBIO, María Paz., op. cit. p. 4. 2012

cambio cualitativo y cuantitativo en su forma de actuar, mejorando las relaciones internas de las empresas y las externas con clientes y proveedores. Básicamente, se han constituido en un ritual en el área de gestión, generando prácticas más transparentes y ofreciendo mayor confianza a los usuarios.

Los Códigos de conducta ofrecen normas que se adaptan con mayor rapidez a los cambios de la nueva era y que recogen los factores clave para conseguir el correcto desarrollo en los diferentes ámbitos en los que se aplican. Son de aplicación voluntaria, imponen pautas, no mandatos, son certificables por terceras partes independientes y tienen las siguientes características: a) elaboración por consenso, b) conocimiento público, c) concreción del contenido, d) definición del ámbito de aplicación²²³

Así mismo, se erigen como solución paradigmática y eficaz, ciertas manifestaciones del *soft law* – Derecho voluntario o no vinculante- puestas en práctica por la industria, que comprende los sistemas de autorregulación integrados necesariamente por varios elementos. Hay dos de ellos que ostentan carácter constitutivo, a saber: *El Código de conducta* y *el Organismo de control*. *El Código de conducta* garantiza además del cumplimiento un plus adicional de protección en claro beneficio del consumidor o usuario y para que la vigencia de las estipulaciones contempladas en el Código de conducta no resulte meramente testimonial, ha de existir un *Organismo de control*, que le corresponde actuar frente a los posibles incumplimientos imponiendo la sanción que en cada caso corresponda. Cabe destacar entonces que, los sistemas de autodisciplina constituyen un sugerente complemento de la normativa vigente²²⁴ con denominaciones diversas como: Códigos deontológicos, de buen gobierno, de ética, de buenas prácticas, etc.

Finalmente, el nuevo modelo de autorregulación va también más allá del cuasimonopolio del poder político (legislativo, ejecutivo e incluso judicial) para la creación

²²³ MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José y LUNA HUERTAS, Paula (2011), *Sociedad de la Información y el conocimiento y nuevos paradigmas del Derecho: El caso de los Códigos de Conducta en el Comercio Electrónico*. En: *Derecho y Conocimiento*, Vol. 2, pp, 59-99, ISSN 1578-8202. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. España

²²⁴ LÓPEZ JIMÉNEZ, David.,(2011) *Los Códigos de conducta como solución idónea frente a la elevada desprotección de la privacidad en Internet*. En: *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas tecnologías*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho – GECTI. Revista N° 5, enero junio de 2011. ISSN 1909-7786 Colombia

de las normas, pasando, como se afirmó anteriormente, a una situación de pluralismo en la que se incrementan notablemente las posibilidades de autorregulación. En los ordenamientos jurídicos actuales según lo afirma Pérez Luño (1993) se alude a una “explosión” del pluralismo jurídico que implica el reconocimiento de altas facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción) Así entonces, se ha definido la autorregulación, en un sentido amplio, como: “*La regulación surgida de las organizaciones o asociaciones de un sector de la sociedad, quienes no solo crean las normas, sino que hacen un seguimiento de su cumplimiento y establecen también normas para asegurar éste entre sus propios miembros*”²²⁵

Desde un punto de vista estructural se establecen tres subcategorías de autorregulación: autorregulación pura o libre, autorregulación sustitutiva o alternativa y autorregulación condicionada²²⁶.

La *autorregulación pura o libre*, es aquella en la que, la iniciativa corresponde exclusivamente a los sujetos privados, sin intervención de la autoridad pública, que sin embargo acepta estas normas en tanto no contradigan otras normas de alcance más general e imperativo. En la regulación de tipo *sustitutiva o alternativa* la iniciativa corresponde a los sujetos privados pero la autoridad pública supervisa el proceso a fin de salvaguardar el interés público. Situación que se evidencia en aquellos casos en los que la existencia de CDC aparece ligada a la existencia de administraciones independientes que ejercen competencias de supervisión en un sector concreto del mercado como el bancario, los mercados de valores o la libre competencia. La denominada *autorregulación condicionada* supone la intervención conjunta de los sujetos privados y de la autoridad pública en los que ésta puede diseñar el marco normativo general permitiendo a los actores privados del sector concretar e interpretar esas reglas generales, lo que supone una situación real de co-regulación. Esta situación se ilustra claramente en el Acuerdo Interinstitucional “Legislar

²²⁵ EIJLANDER, PH. “*Passibilitese and constraints in the use of self-regulationand co-regulation in legislative policy: Experiences in the Netherlands-Lossons to be learned for the UE*. EJCL., vol 9,2005, disponible en: <http://www.ejcl.org/91/art91-1.html>. En: GARCÍA RUBIO, María Paz.,(2012) op. cit. p. 4.

²²⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz.,(2012). op. cit. p. 5

Mejor” del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión 2003/C 321/01 donde se describe la primera como “el mecanismo por el que un acto legislativo comunitario habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones.” La autorregulación se entiende referida a la “...posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las ONGs o las asociaciones adopten para sí directrices comunes del ámbito europeo (específicamente, Códigos de conducta o acuerdos sectoriales” Haya o no habilitación legal *ad hoc*, lo cierto es que ambas suponen el reconocimiento de un mayor poder normativo a la sociedad civil.²²⁷ Se trata de normas con un alcance más general que las creadas tradicionalmente en el ámbito privado, que alcanzan la esfera jurídica de sujetos que no han dado un genuino consentimiento contractual y que operan a modo de verdaderas “normas de confianza” , las cuales reciben reconocimiento y, en distinta medida, sanción pública.

Si se considera el proceso de elaboración de los Códigos de conducta la diversidad es notable como bien lo ilustra García (2012). Algunos se generan de forma unilateral y espontánea (técnica del *botton-up*) otros tienen su origen en Comités de expertos, ONGs o grandes corporaciones, impuestos por empresas o autoridades a sus empleados o subordinados (*top/down*) Los primeros se caracterizan por una especie de “legitimidad democrática” ; en el segundo caso lo que los caracteriza es la *autoriítas* que implica su elaboración pretendidamente independiente y experta en concepción de Rodota (2010)²²⁸. En consideración a la condición de voluntariedad no podrían considerarse verdaderos Códigos de conducta aquellos cuya génesis se fundamenta en un proceso de negociación y que posteriormente se incorporan a convenios o contratos entre particulares incluso los acuerdos trasnacionales porque suponen la obligación vinculante propia del contrato legal. Los códigos de conducta elaborados en el marco de la Responsabilidad Social Empresarial de acuerdo conGarcía, ofrecen un ámbito de aplicación territorial que coincide con el de la

²²⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz., op. cit. p. 5.

²²⁸ RODOTA, S. (2010) “Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*”. En:REAL Pérez A. (Coord), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II. Congresos Internacionales “Códigos de conducta y mercado”* Madrid, Marcial Pons, 2010.

empresa que los utiliza que generalmente es de naturaleza multinacional; situación que supone la “desterritorialización” de este tipo de reglas que se sitúan al margen del Derecho Nacional e Internacional. De igual manera, al insertarse en el marco de la Responsabilidad Social Empresarial sus destinatarios suelen ser empleados y directivos de la empresa, con la posibilidad de afectar también a los *stakeholders*, fabricantes, proveedores o clientes.

La conveniencia de recurrir a la elaboración y adaptación de Códigos de conducta como modelo autorregulatorio de las transacciones comerciales en la sociedad de la información ha sido señalada en la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio, del Parlamento y del Consejo Europeo²²⁹. Estos códigos de conducta se caracterizan por ser flexibles, adaptados a la falta de territorialidad de la red, útiles como sellos de calidad y garantía, instrumentos de selección con base en el mercado. La fuerza coercitiva de los códigos de conducta y buenas prácticas no puede tener otro fundamento que el del consentimiento.

Es frecuente que se establezcan por parte de la empresa Códigos de Conducta de manera directa y voluntaria pero unilateral, bien porque se busque la adhesión a Códigos de conducta de terceros como ocurre con algunas organizaciones internacionales o asociaciones de empresas situación que ha sido considerada por algunos tratadistas como de naturaleza unilateral y en consecuencia generadora de obligaciones ya que la empresa crea sus propias normas paralelas a la regulación vigente. Es un hecho cierto que los sujetos privados siempre han creado normas auto vinculantes (el acuerdo obliga a las partes, es dicho popular) a través del contrato, como norma privada por excelencia con la particularidad legalmente establecida de la ineficacia frente a terceros. Frente a los Códigos de conducta es notable que vinculan no solo a los sujetos o a la empresa o

²²⁹**Derechos de los usuarios del comercio electrónico.** Los derechos de los consumidores que utilizan el comercio electrónico tienen una doble protección. Por una parte la normativa de la Unión Europea relativa a esta modalidad de compra, Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, del Parlamento y del Consejo Europeo, en la que se afirma que en esta materia son de aplicación todas las directivas vigentes que regulan la protección del consumidor. Pero además esta directiva realiza una serie de especificaciones para adaptarla a la problemática concreta de las compras por Internet. Por otra parte los consumidores españoles cuentan con normativa que defiende sus derechos cuando surgen problemas en esta modalidad de compra. En concreto: Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. La Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a distancia de Servicios Financieros. El Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. <http://rafaelsanchezsanchez.suite101.net/comercio-electronico-compras-seguras-en-internet-a57439>. Dic. 22, 18:30H.

empresas que las crean o que se adhieren a ellas, sino también a sus empleados o al conjunto de usuarios de un servicio o potenciales adquirientes de un bien, todos los cuales pueden adquirir derechos y obligaciones derivadas de aquellas reglas. Se trata de normas con un alcance más general que las originadas tradicionalmente en el ámbito privado con un alcance jurídico para sujetos que no han expresado un auténtico consentimiento contractual y que actúan a modo de verdaderas “normas de confianza, de buen comportamiento, de ética, de buen gobierno, de civilidad, etc.” que además obtienen reconocimiento y, en distinta medida, sanción pública.²³⁰

En opinión de Illescas. R.²³¹ La fuerza obligante o vinculante en la autorregulación corresponde al consentimiento otorgado por el autorregulado, situación que no responde al modelo contractual ni siquiera unilateral sino a una evidente declaración unilateral de voluntad en cuanto fuente de obligaciones privadas. De ahí su afirmación de “... *la expansión de los códigos de conducta refleja la revitalización de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones,...*” figura controversial y muy discutida en la doctrina privatista.

Se dispone igualmente de sistemas de acreditación y sellos de confianza²³² proporcionados por firmas de auditorías habilitadas, que son las que determinan si un servidor *Web* cumple ciertos principios y criterios operativos exigidos (Web Trust, 2002) durante un determinado tiempo. En caso de cumplimiento de las condiciones o criterios exigidos reciben un logotipo y diploma que pueden exhibir en su página Web y que tiene una validez temporal; por ejemplo noventa días, por lo que quedan sometidos a frecuentes

²³⁰ GARCÍA RUBIO, María Paz.,(2012) *Opus Citus*. P. 5.

²³¹ ILLESCAS, R. *La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad*, Derecho Privado y Constitución, Núm. 17. pp.291-306. 2003. En: GARCÍA RUBIO, María Paz.,(2012) *op.cit.* p. 12.

²³²Una extensa recopilación bibliográfica para investigadores de los códigos de conducta y sellos de garantía en el comercio electrónico que ilustra la autorregulación que se ha llevado a cabo para dar garantía jurídica a operaciones no contempladas en el ordenamiento vigente a nivel nacional e internacional ha sido realizada por Martínez López F., y Luna Huertas P (2003) en la revista Derecho y conocimiento, Vol. 2. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. pp. 72 y ss.

auditorias que le dan vigencia al sello de calidad que ostentan.²³³ Ejemplo de este tipo de iniciativas a nivel internacional es el *sello Web Trader*, propuesto por las asociaciones de consumidores y usuarios pertenecientes a la red “*Web trader*” de diferentes países, donde se incluye la Organización de usuarios y Consumidores Españoles (OCU).

Este sello se concede a todas aquellas tiendas que cumplan un Código de conducta sobre seguridad y respeto al usuario en el entorno del Comercio Electrónico. Las reglas contenidas en este Código de conducta, específico para España son las siguientes: Seguridad Jurídica, Información a los consumidores, procedimiento para la realización de pedidos, plazo para ejercer el derecho de desistimiento, modalidades de pago, protección de la vida privada, protección de los menores, seguridad de las transacciones, enlaces con otras páginas y reclamación y solución a los litigios. Otra iniciativa similar a la descrita es el *Código de conducta en Comercio Electrónico y Marketing Interactivo de Federation of European Direct Marketing (FEDMA)*, asociación que representa al sector de Marketing Directo en Europa.²³⁴

Análogo al anterior es el *Código Ético sobre publicidad en Internet de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. (Autocontrol, 1999) el primero en su categoría aprobado en la Unión Europea que establece unas normas mínimas sobre publicidad en Internet. Se trata de una asociación sin ánimo de lucro, constituida por anunciantes, agencias, medios de comunicación y otras empresas de servicios, que en conjunto representan más del 70% de la inversión publicitaria española, y por diversas asociaciones empresariales. Su objetivo es prevenir y resolver eventuales controversias publicitarias, estableciendo un marco ético donde se desenvuelva una comunicación comercial responsable y veraz. Este código nace en abril de 1999 como respuesta a los retos de las nuevas tecnologías y al desarrollo de la actividad publicitaria en

²³³ MARTÍNEZ. LÓPEZ. F., y LUNA HUERTAS. P., *Sociedad de la información y el conocimiento y nuevos paradigmas del derecho: El caso de los códigos de conducta en el comercio electrónico*. En: Derecho y conocimiento, vol.2, pp. 65 y ss. Facultad de derecho. Universidad de Huelva. 2003.

²³⁴ MARTÍNEZ López. F., y LUNA HUERTAS. P., op. cit., p. 65

Internet. Incluye una serie de normas generales y otras especiales sobre correo electrónico no solicitado o *spamming*, privacidad, protección de menores, derechos de propiedad intelectual e industrial, entre otros temas. Las empresas y organizaciones adscritas o asociadas tienen la posibilidad de insertar en su página Web el Sello de Confianza de Autocontrol de forma que su compromiso de responsabilidad en sus comunicaciones comerciales sea visible y se pueda traducir en una mayor confianza de los consumidores.

Es amplia y muy diversa la disponibilidad de autorregulación al respecto y sus ventajas se pueden agrupar en 1. *Ventajas para la empresa*: asociadas a la generación de confianza sobre su presencia y actividades en Internet. Invita a los visitantes a la compra en tiendas virtuales que dan confianza y credibilidad. Refuerza su imagen ante compradores anteriores. Distinguirse en la red de otras empresas del sector. 2. *Ventajas para el consumidor*: Incrementa la confianza en la empresa oferente. Incrementa la confianza en el contenido y actividades de la tienda virtual. Garantiza el cumplimiento de las expectativas sobre las operaciones realizadas. Facilita la selección entre las numerosas ofertas de Comercio Electrónico. 3. *Ventajas de interés general*: Fortalecimiento en el Comercio Electrónico en el mercado hispanohablante. Aumento de la transparencia y competitividad empresarial al establecerse unos requisitos mínimos a cumplir. Impulso a las empresas con nombre o marca comercial menos conocidos o de reciente creación. Así mismo. Este tipo de códigos recogen los principios, prácticas y el *deber-ser*, del comercio virtual referidos a: *Seriedad*: para generar el clima de confianza necesario en las actividades de marketing digital. *Transparencia*: no ocultar nada que el posible cliente deba saber. *Fidelidad*: Cumplimiento en los compromisos adquiridos para no defraudar la confianza depositada. *Privacidad*: Ofrecer el máximo grado de reserva en las transacciones realizadas, en la identidad de los clientes y sus datos personales. *Seguridad*: con los procesos y datos a tratar en un medio tan dinámico como Internet. *Orientación al cliente*: esforzándose en comprender las necesidades, deseos y carencias presentes y futuras de los clientes e incluso

sorprenderlos gratamente superando sus expectativas. *Orientación al mejoramiento continuo, Comportamiento ético con los menores y protección de los datos personales.*²³⁵

En virtud del fenómeno de la autorregulación son posibles los Códigos de conducta en materia de Marketing Digital y pueden ser definidos como:

*“Documentos de carácter voluntario, que incluyen un conjunto de principios, reglas o buenas prácticas, certificables por una tercera parte independiente, que disciplinan todas las cuestiones directa o indirectamente vinculadas con el comercio electrónico, en las que ocupan una posición de preeminencia la privacidad –cuya finalidad es la instauración y consolidación de la confianza del potencial consumidor y usuario.”*²³⁶

Las normas que recogen estos códigos están referidas y adaptadas a la solución de los problemas que frecuentemente enfrentan y su elaboración ha sido llevada a cabo por quienes se encuentran en una relación más cercana con la problemática a resolver. Algunos contenidos²³⁷ corresponden a:

1. Diseño de la interfaz del sitio Web
2. Practicas publicitarias y Comunicaciones Comerciales
3. Propiedad Intelectual e Industrial
4. Obligaciones previas, simultáneas y posteriores a la transacción comercial.
5. Protección de datos de carácter personal.
6. Seguridad

²³⁵MARTÍNEZ LÓPEZ. F., y LUNA HUERTAS. P., *Sociedad de la información y el conocimiento y nuevos paradigmas del derecho: El caso de los códigos de conducta en el comercio electrónico*. En: Derecho y conocimiento, vol.2, p. 69. Facultad de derecho. Universidad de Huelva. 2003

²³⁶ LÓPEZ JIMÉNEZ. D y MARTÍNEZ LÓPEZ. F J. (2010). *Nuevas tendencias en materia de responsabilidad social corporativa: Los Códigos de Conducta reguladores del Comercio Electrónico* Revista de Responsabilidad Social de la Empresa. N° 4, pp. 41-72 En: Revista de Derecho comunicaciones y nuevas tecnologías. N° 5. Junio de 2011 Universidad de los Andes. Colombia.

²³⁷LÓPEZ JIMÉNEZ, David.,(2011) *Los Códigos de conducta como solución idónea frente a la elevada desprotección de la privacidad en Internet*. En: Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas tecnologías. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho – GECTI. Revista N° 5, p. 11. Enero junio de 2011. ISSN 1909-7786 Colombia.

7. Protección de los menores de edad
8. Resolución extrajudicial de litigios
9. Procedimiento sancionador frente a posibles incumplimientos.
10. Obtención, utilización, renovación y caducidad del sello de confianza.

Posteriormente se exige un proceso o procedimiento de adhesión con el cumplimiento de algunos requisitos como son la Solicitud voluntaria de adhesión por tener un carácter opcional para el empresario o PSSI (Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información); análisis de la documentación evaluando la conformidad y garantías del sitio Web con las estipulaciones establecidas en el Código de Conducta. Frente al cumplimiento de las condiciones se otorgará el sello de confianza acreditativo y la adhesión queda autorizada. (Ver Tabla 4.1)

Tabla. 4.1. Códigos de conducta aprobados para efectos del Comercio Electrónico en el escenario comunitario y Estados Unidos 2012.

País	Organismo de autocontrol	URL* (Uniform Resource Locator Localizador Uniforme de Recursos)	Resolución. extrajudic. de Conflict.
Alemania	Bonicert	www.bonicert.de	Si
	EHI Euro-Label y EHI bvh Label	www.shoppingfo.net	No
	Internet Privacy Standards	www.datenschutz-nord.de	Si
	Saber Shopping	www.safer-shopping.de	No
	Shopluxe	www.sholuxe.com	Si
Dinamarca	E-Market	www.e-market.dk	Si
España	AENOR	www.aenor.es	Si
	Agace	www.agace.com	Si
	Confianza <i>online</i>	www.confianzaonline.es	Si
	E-Confia	www.econfia.com	Si
	Euro-Label-España	www.euro-label.com/es	Si
Luxemburgo	Optima Web	www.optimaweb.anetcom.es	Si
Luxemburgo	E-commerce certified	www.e-certification.lu	Si
	E-com-quality-mark	www.e-com-quality-mark-it	Si
	Euro-Label Italy	www.euro-label.org	Si
	Fiducia	www.progettofiducia.it	Si
	NetQuality	www.isec.it	No
Italia	Q-Web	www.qwebmark.it	No
	Francia	Fia-net	www.fiat-net.com
Francia	Labelsite	www.labelsite.org	Si
Grecia	Epam	www.enepm.gr	
Austria	Gütezeichen	www.guetzezeichen.at	Si
Bélgica	Becommerce label	www.becommerce.be	Si
	Unizo	www.unizo.be	
Holanda	Thuiswinkel	www.thuiswinkelwaarborg.nl	Si
Irlanda	EIQA W-Mark	www.elga.com	No
	Segala trustmark	www.segala.com	No
Rep. Checa	Apek	www.appek.cz	No
	Soap	www.spotrebitele.info/audit	No
Reino Unido	SafeBuy	www.safebuy.org.uk	Si
	TrustMark	www.trustmark.org.uk	Si
	TrustUK	www.trustuk.org.uk	No
	WebtraderUK	www.webtraderuk.org.uk	Si
Portugal	PACE	www.comercioelectronico.pt	Si
EE.UU.	TRUSTe Intuit Microsoft American <i>Online</i> ATT Gireles		

* Una URL es una dirección que permite acceder a un archivo o recurso como páginas html, php, asp, o archivos gif, jpg, etc. Corresponde a una serie de caracteres que identifica cada recurso disponible en la www.

Fuente: LÓPEZ JIMÉNEZ, David.,(2011) *Los Códigos de conducta como solución idónea frente a la elevada desprotección de la privacidad en Internet*. En: Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas tecnologías. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho – GECTI. Revista N° 5, p. 11. Enero junio de 2011. ISSN 1909-7786 Colombia.

De acuerdo con la información suministrada por López Jiménez²³⁸ en España, la mayoría de las entidades promotoras de los sistemas de autorregulación, salvo E-Confia –

²³⁸ LÓPEZ JIMÉNEZ, David.,(2011) *op. cit.* pp. 17-21

que es una entidad de consultoría y certificación-, son asociaciones sin ánimo de lucro, lo que resulta paradójico en consideración a las cantidades que algunas de ellas cobran por formalizar la adhesión. El precio de la adhesión al código es diferente. Estos aspectos se encuentran sujetos a la discrecionalidad de las entidades promotoras. El sistema de certificación que cada una de las entidades promotoras ha puesto en práctica es el mismo. Todas han optado, con buen criterio por implementar un régimen de evaluación previa y seguimiento. En éste último sentido cabe señalar que el plazo que se establece para la revisión del cumplimiento del Código de conducta, por parte de las empresas adheridas difiere. La mayor parte de las empresas promotoras –Confianza *Online*, Optima Web, AENOR y Europa-Label- optan por la revisión anual, mientras que Agace y e-Confía verifican que el código se respete cada seis (6) meses. Asimismo se dispone de gran variedad de entidades promotoras de los sistemas de autorregulación entre las que se destaca el caso de Confianza *Online*, que incluye dos entidades privadas –AECEM y Autocontrol- y una pública, el Ministerio de Industria a través de la entidad pública Red.es. (Ver tabla 4.2)

Tabla 4.2. Identificación del sistema de autorregulación y procedimiento de adhesión en España. 2013

	Confianza Online	AGACE	OPTIMA WEB	AENOR	E-CONFÍA	EURO-LABEL
Entidad	Asociación sin ánimo de lucro	Asociación sin ánimo de lucro	Asociación sin ánimo de lucro	Asociación sin ánimo de lucro	Entidad de Consultoría y Certificac.	Asociación sin ánimo de lucro
Sistema de Certificación	Evaluación y Seguimiento	Evaluc. Y Seguimiento	Evaluc. Y Seguimiento	Evaluc. Y Seguimiento	Evaluc. y Seguimiento	Evaluac. y Seguimiento
Revisión	Anual	Semestral	Anual	Anual	Semestral	Anual
Coste	295 - 1000 Euros	6000 Euros	99 – 149 Euros	1000-6000 Euros	390-490 Euros	Variable
Entidades Promotoras	AECM, Autocontrol., y Red.es	Aptice	Anetcom	AENOR	X-Novo	Eurocommerce
Vocación Territorial	Internacional	Nacional	Nacional	Nacional	Nacional	Comunitaria
Sede Sist. Autorreg.	Madrid	Aragón	Comunidad Valenciana	Madrid	Madrid	Bruselas
Nacimiento	2002	2001	2005	2002	2002	2002
Colaboración Aut. Públic.	Si	Si	Si	Si	No	Si
Particip. Asoc. Consumid.- Usuarios	Si	Si	Si	Si	No	Si
Documento de Referencia.	Código de conducta	Código de Conducta + Reglamento	Código de conducta	Código de Conducta + Reglamento	Código de conducta	Código de conducta
Estructura	Preceptos	Principios Generales	Principios Generales +Preceptos	Principios Generales +Preceptos	Preceptos	Preceptos
Dominio	www.confianzaonline.es	www.agace.com	www.anetcom.es	www.aenor.es	www.econfia.com	www.confespa.com/comercio.com/
Sello de Confianza	Logo Copiar del art. Origin.					
Actualizac. Permanente	Si	Si	Si	No	Si	Si

Fuente: LÓPEZ JIMÉNEZ, David.,(2011)

La vocación territorial de los anatemas de autorregulación en casi todos los supuestos es nacional, excepto para *Confianza Online* que es un Código de conducta con tendencia Internacional y el de Euro-Label que tiene vocación comunitaria. En lo referente a la sede de los sistemas de autorregulación nacionales el 50% está establecida en la capital española, las restantes operan desde diferentes Comunidades Autónomas, por ejemplo: Agace opera desde Aragón y Optima Web desde la Comunidad Valenciana. El Código de conducta europeo tiene su sede en Bruselas.

La operatividad de todos los sistemas arranca tras la aprobación de la Directiva de Comercio Electrónico del año 2000. La colaboración entre las entidades promotoras de los Sistemas de Autorregulación y las autoridades públicas es un elemento que provee de mayor eficacia al sistema por disponer del aval de todos los agentes públicos y privados. En lo relativo a la participación de las Asociaciones de consumidores y/o usuarios y que se puede apreciar que existe en todos los códigos nacionales, excepto en e-confía y el europeo es relevante en la elaboración del Código de conducta.

Los Códigos de conducta aprobados en materia de contratación electrónica y publicidad interactiva que aplican en consecuencia para el Marketing Digital regulan en distinto grado los aspectos relativos a la *privacidad* que conjuntamente con la *seguridad* son dos de los elementos que más preocupan a los potenciales consumidores y/o usuarios. Conscientes de la importancia, trascendencia e influencia recíproca de estos derechos fundamentales a los que se ha hecho referencia ampliamente en contenidos anteriores; los Códigos de conducta los contemplan en su reglamentación, no obstante que, el articulado que hace referencia a ellos es en el campo de la privacidad bastante amplio y general por lo que la Tabla 4.3 ilustra solo algunos de los aspectos de mayor relevancia sin perjuicio de que exista un número mayor de éstos. Considerando el hecho de la complementariedad entre los diferentes aspectos entre sí, además del poder tuitivo de algunos para el consumidor, no debe desmerecer en términos generales su importancia y efectivamente, como se aprecia en el caso de Aenor que, no obstante parecer de los menos garantistas, marca un hito sobre el particular. El Código de buenas prácticas elaborado al respecto, es el resultado de un cuidadoso estudio empírico sobre las diversas materias reglamentadas entre las que, naturalmente, se encontraba la privacidad.²³⁹

Todos los Códigos de conducta, con buen criterio, establecen expresamente la necesidad de respetar la normativa imperante en lo que a *privacidad* se refiera. A la par, con tal estipulación, es preceptivo que el personal este suficientemente capacitado al respecto ya que existe un alto porcentaje de sitios web que incumplen la legislación. De

²³⁹ LÓPEZ JIMÉNEZ, David.,(2011) *Los Códigos de conducta como solución idónea frente a la elevada desprotección de la privacidad en Internet. op. cit.*p. 18

manera tal que, cuando un potencial consumidor y/o usuario visualice en una página el icono acreditativo de la adhesión al Código de buenas prácticas podrá tener garantía de que el prestador de servicios en cuestión respetará su privacidad. De manera acertada, los sistemas de autorregulación insisten, por un lado, en la obligación de proteger a los menores y a los incapacitados y, por otro, en la necesidad de fomentar políticas de educación a los usuarios en los aspectos relacionados con el derecho a la privacidad. Impera un enorme desconocimiento sobre materias como: Técnicas susceptibles de monitorizar el comportamiento con fines publicitarios. Al respecto, el uso de las *cookies* y de otros instrumentos técnicos – como los *spyware*- es de uso restringido según lo establecido en el art. 5.3 Directiva de privacidad y que debe atemperarse a lo establecido por la Directiva 2009/136 que incide en una cuestión sobre la cual, la versión anterior a la reforma no se pronunciaba y que consiste en que expresamente se dispone que el consentimiento se deberá otorgar después de que el prestador de servicios haya informado al usuario, de forma sencilla y completa, sobre los fines del tratamiento de sus datos.

Tabla 4.3. Comparativa de los Sistemas de autorregulación españoles en algunos aspectos de la privacidad.

Materia Reguladas	Sistemas españoles de auto-disciplina publicitaria					
	Confianza Online	Agace	Optima Web	Aenor	E-Confia	Euro-Label
Respeto de la normativa legal en materia de privacidad	^	^	^	^	^	^
Obligación de auditorías previas de seguridad y privacidad informáticas.			^			
Personal con formación en materia de privacidad.		^	^			
Observancia absoluta del Derecho a la protección de datos personales.	^	^	^	^	^	^
Fomento de iniciativas que contribuyen a la Educación a los usuarios sobre Derecho a la Privacidad.	^					
Prohibición de solicitar datos especialmente sensibles.		^				
Información previa sobre existencia y finalidad de cookies y similares.	^	^	^		^	
Prohibición de asociar cookies y similares a personas identificadas o identificables.	^	^				
Medidas de protección específica para menores de edad.	^	^	^		^	^
Medidas de protección para incapacitados.		^				
Prohibición de recopilar e-mails en determinados canales: address harvesting	^					
Prohibición de creas aleatoriamente direcciones de correo electrónico: dictionary attacks.	^					
Prohibición de remitir Spam.	^	^	^		^	^
Previsiones específicas para la publicidad en foros, Chats y canales equivalentes.	^	^	^		^	
Necesidad de adoptar un plan integral de seguridad.		^				
Realización de controles periódicos y pruebas de rendimiento de los sistemas.		^				
Establecimiento de una política segura de transmisión de datos.		^				
Existencia de normas de seguridad física que protejan el acceso a las instalaciones.		^				
Establecimiento de Programas Antivirus.		^				
Establecimiento de procedimientos de detección y actuación frente a accesos no autorizados		^				
Establecimiento de las medidas necesarias que garanticen seguridad y confidencialidad de datos personales.	^	^			^	
Obligación de disponer de plataforma que posibilite encriptación de datos						
Obligación de informar sobre el empleo de conexiones seguras	^	^				
Posibilidad de hacer uso de firma electrónica avanzada		^	^			
Obligación de que el empresario acredite su identidad mediante certificado digital		^		^		

Fuente: LÓPEZ JIMÉNEZ, David.,(2011) *Los Códigos de conducta como solución idónea frente a la elevada desprotección de la privacidad en Internet*. En: Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas tecnologías. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho – GECTI. Revista N° 5, pp., 20-21. Enero junio de 2011. ISSN 1909-7786 Colombia.

Se afirma que, prácticamente la totalidad de los Códigos de conducta prohíben la remisión de comunicaciones comerciales no solicitadas (*spam*). De la misma manera se prohíbe recurrir a técnicas a técnicas ideadas con tal finalidad por ejemplo, la recopilación de direcciones electrónicas presentes en determinados canales –*address harvesting*–, como también la creación aleatoria de direcciones –*dictionary attacks*–. Finalmente, no se permite, por sus efectos negativos sobre la privacidad, la publicidad potencialmente invasiva en foros, chats y otros canales específicos.

Las situaciones de incumplimiento a lo establecido en los Códigos de conducta no ha generado una sanción inmediata del Estado como lo afirma García Rubio pero sí alguna reacción por parte de éste, como ocurre para el caso de la autorregulación en el ámbito del buen gobierno de las sociedades cotizadas en las se cumple el principio *cumplir o explicar*, es así como la Comisión Nacional de Mercado de Valores ha desarrollado el Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG) para las sociedades cotizadas que las empresas deben tener en cuenta para garantizar su transparencia financiera y que les da la opción de aplicar las recomendaciones propuestas o en el evento de no aplicarlas, entonces, explicar las razones o motivos para no hacerlo. El no cumplimiento de esta obligación informativa o la existencia comprobada de datos falsos o engañosos se considera como una *infracción grave* de la normativa del mercado de valores que puede conllevar graves sanciones. En otras situaciones el sistema jurídico reacciona directamente ante el incumplimiento de determinados Códigos de conducta estableciendo la sanción correspondiente; es el caso de la Ley 7/2010 de 31 de marzo o Ley General de la Comunicación Audiovisual que en los artículos 9.1 y 3 y 12.3 se contemplan los códigos de autorregulación de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, cuyo incumplimiento es considerado *infracción muy grave* de conformidad con el art. 58.11 de la misma ley y por lo cual lleva aparejada importantes sanciones (art. 60) que pueden conducir incluso a la revocatoria de la Licencia del prestador del servicio; actuación que caracteriza la norma jurídica frente a otros mecanismos de regulación social, lo que contradice a quienes afirman que el Estado no otorga cobertura jurídica a los Códigos de conducta pues este proceder resulta indicativo y concluyente para entender que se está frente a verdaderas normas jurídicas.

CAPITULO V.

COMERCIO ELECTRONICO: IMPLICACIONES EN EL MARKETING DIGITAL.

Generalidades

- 5.1. Antecedentes
- 5.2. Perspectiva, concepto y características del Marketing Digital.
- 5.3. Algunas ventajas y desventajas del Marketing Digital
- 5.4 Principio de Internacionalidad.
- 5.5 Primacía de la autonomía de la voluntad. (*Choice of Law*).
- 5.6 Principio de equivalencia funcional
 - 5.6.1 El documento en el contexto digital.
- 5.7 Principio de Neutralidad tecnológica.
- 5.8 Principio de prevalencia del derecho sustantivo pre-existente.
- 5.9 Principio de la protección de datos de carácter personal
 - 5.9.1. Los derechos de los titulares de los datos
- 5.10 Principio de neutralidad en la Red.
- 5.11 Los mensajes de datos, características y valor jurídico.
 - 5.11.1 Equivalentes funcionales de los mensajes de datos.
- 5.12 La firma. Firma electrónica. Firma digital y Entidades de Certificación
- 5.13 Implicaciones jurídicas y legales del Marketing Digital.
 - 5.13.1 Marco legal del Marketing Digital

V. COMERCIO ELECTRONICO: IMPLICACIONES EN EL MARKETING DIGITAL

Generalidades.

La digitalización del marketing constituye en la vigencia del siglo XXI, el nuevo rumbo para el desarrollo de las estrategias empresariales en un contexto globalizado y en el marco del avance y desarrollo de las comunicaciones y la tecnología. Se trata de un fenómeno que ha permitido el ingreso a una nueva terminología y entre ellas el marketing 2.0, término acuñado en el año 2004 por Tim O'Reilly y direccionado al uso de los aspectos sociales y vivenciales de la Web que incluye *blogs*, *tagging*, *socialsites*, *podcasting*, y otra serie de tecnologías, funciones y servicios. Así como recientemente el avance tecnológico ha propiciado la aparición de la Web 3.0, termino al que se alude por primera vez en el New York Times en el año 2006, caracterizada por crear interacciones y vínculos en cada punto de encuentro o contacto (*touchpoints*) y descrita como el lugar o la Web vivencial donde las personas convergen, crean y aprenden.

Anteriormente se definía y concebía el producto para lanzarlo al mercado y esperar por su demanda; actualmente hay que vincularse al mercado e interactuar con los clientes en tiempo real, desde el momento en que se concibe el producto hasta su desarrollo, desde su posicionamiento hasta la comunicación publicitaria y, especialmente, desde la venta hasta el servicio a los clientes. Todas y cada una de estas funciones debe integrarse a una interactividad con los clientes.

El nuevo marketing implica entonces la transformación del cliente pasivo a hiperactivo que se manifiesta por doquier; razón por la cual el desafío para todo responsable de marketing implica audacia y un nuevo lenguaje en términos de búsqueda, correo electrónico, avatar, social, viral, *widgests* entre otras características. Este nuevo marketing permite identificar a los triunfadores como los más rápidos, singulares, innovadores, creativos, socialmente conectados y capaces de generar sus propias

audiencias. La tabla 5.1 describe los diferentes momentos y características de la transición del marketing.

Tabla 5.1. Momentos transicionales en la disciplina del marketing

MOMENTO	ENFOQUE	CARACTERISTICAS
Marketing 0.0 (1960 - 1970)	Marketing masivo	Auge de TV como medio para generar demanda y crear grandes marcas. Modelo de las 4P's
Marketing 1.0 (1980 - 1990)	Marketing estratégico centrado en el producto	Segmentación. Targeting. Marketing de nichos. Enfoque en presupuestos. Audiencias Específicas. Estrategia de marcas. Transacciones uno a uno. Modelo de las 6P's (Producto, precio, distribución, comunicaciones, relaciones públicas, y lobby)
Marketing 2.0 (2000 – 2010)	Marketing interactivo centrado en el consumidor	Simultáneamente orientado al cliente individualizado (<i>one to one</i>) y al mercado masivo. Marketing particularizado a gran escala. Modelo de las 6V's (validez, valor, voz, verificación, vecindad y vehículo). Satisfacción y retención de consumidores. Auge de las TIC's. Consumidor inteligente con mente y corazón. Diferenciación. Posicionamiento corporativo y del producto. Misión, Visión y Valores corporativos. Funcional, Emocional y Espiritual.
Marketing 3.0 (2010 y Ss)	Marketing vivencial centrado en los valores	Parcialmente creado por los clientes, completamente transparente inherentemente social, mercado y cultura conectados, participativo e hiperactivo. Nueva ola tecnología, ser humano integral con mente, corazón y espíritu, Funcional, emocional y espiritual, proposiciones de valor. Modelo en progreso...

Fuente: ÁLVAREZ del Blanco Roberto M., En *Nuevas Tendencias en Management. Fundamentos y aplicaciones.*, *Conversar con el futuro en una nueva era y horizontes de marketing.*, Ed. Profit Editorial., Barcelona 2010., p. 91

Como factores que inciden en la transición al marketing web 2.0 se pueden mencionar el hecho de que las empresas enfrentan el reto que impone la nueva economía que se caracteriza principalmente por los efectos de las nuevas tecnologías de la información en las que la velocidad de respuesta es un factor clave de competitividad, una velocidad tal que concluye en el mundo interactivo para esta nueva configuración del marketing. El reto, entonces, es responder en tiempo real a los requerimientos de los clientes para cumplir con sus expectativas, y son las tecnologías de la información las que ayudan a resolver el problema desde la perspectiva de la velocidad y el coste.

Estas tecnologías de la información permiten a los clientes acceder al mismo nivel de información y de conocimiento que los proveedores, lo que permite inferir que se ha producido un gran cambio de paradigmas que ha llevado, de la era industrial a la sociedad de la información, de los mercados nacionales a los segmentos internacionales, de gozar de

todo tipo de protecciones a un mercado sin barreras, de una oferta mayor o igual a la demanda a una oferta inferior a la demanda, de un mercado estable a uno cambiante y de un mercado físico a uno tecnológico.

Como aspectos característicos de la web 2.0, se puede afirmar que no existe un claro acuerdo sobre su significado y que el término representa la evolución de las aplicaciones tradicionales hacia aplicaciones web enfocadas en el usuario final. Los criterios más relevantes para definir el término web 2.0 giran alrededor de aspectos como tratarse de una plataforma abierta que abarca todos los dispositivos conectados; así como también una arquitectura de participación de usuarios, donde éstos tienen el control de los datos, constituyéndose en una verdadera sociedad de la información, la comunicación y/o el conocimiento. Por lo tanto, la web 2.0 multiplica las posibilidades de aprender al facilitar el acceso a todas las personas a través de diferentes dispositivos

Una aplicación *online* podría considerarse como parte de la web 2.0, expresado así por Ribes²⁴⁰ “*cuando permite procesos de interactividad de contenidos contributiva*”; es decir, cuando el usuario pueda añadir y compartir información con otros usuarios; cuando se dan “*procesos de interacción de contenidos combinatoria*” que ocurre cuando se posibilita la interrelación de contenidos de diferentes bases de datos, por ejemplo en los denominados *mashups*²⁴¹; procesos de interacción de interface que pueden estar relacionados con las preferencias estéticas de la interface (cuando el usuario puede ubicar

²⁴⁰ RIBES, X., *La web 2.0. El valor de los metadatos y de la inteligencia colectiva.*, Revista Telos, n° 73. 2007, En FLORES C, MORAN C y RODRÍGUEZ V., *Las Redes Sociales.*, Enlace virtual- Edición n° 1, octubre de 2009, *Boletín Electrónico de la Unidad de Virtualización Académica – UVA, Universidad de San Martín de Porras- USMP.*, Lima-Perú 2009.

²⁴¹ Un *mashup* es un término relativamente nuevo que se refiere a una aplicación web que permite la integración de datos a partir de otras fuentes. Es decir, tiene la posibilidad de utilizar datos de diferentes sitios web que resulten importantes para una determinada persona o grupo y así poder construir un sitio web que permita agrupar sus preferencias. El sitio web resultante, podría ser considerado como un *mashup*. Para ello se utilizan API (*Application Program Interface*), las cuales son una serie de instrucciones conocidas como rutinas que permiten intercomunicar o pasar los datos desde un entorno o programa a otro. En: FLORES Cueto et al. *op. cit.*

Las principales características del *mashup* son la combinación, la visualización y la agregación. Es importante transformar los datos existentes en otros más útiles tanto para uso personal como profesional. La arquitectura de los *mashups* está siempre compuesta de tres partes: *El proveedor de contenidos*: fuente de los datos. Los datos están disponibles vía una API y diferentes protocolos web como RSS, REST y Web Service. *El sitio mashup*: es la nueva aplicación web que provee un nuevo servicio utilizando diferente información y de la que no es dueña. *El web browser-cliente*: es la interface de usuario del *mashup*. En una aplicación web el contenido puede ser mezclado por los web browser-clientes usando lenguaje web del lado del cliente. Por ejemplo, javascript. [http://es.wikipedia.org/wiki/Mashup_\(aplicación_web_híbrida\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Mashup_(aplicación_web_híbrida)). (última consultas, 18 de diciembre de 2013).

los contenidos que selecciona en diferentes lugares de la pantalla), con las funciones (el usuario puede decidir que contenidos aparecen) o con los procesos automáticos de generación de interface (cuando el sistema a partir del análisis del modo de operar del usuario con la interface decide por el usuario cómo o qué datos presentar). Algunas aplicaciones denominadas web 2.0 no son propiamente webs, esto es, accesibles a través de un navegador y se requiere de programas o dispositivos específicos para recibir sus contenidos o servicios como ocurre en las redes *peer to peer (P2P)*²⁴². Se proponen algunas pautas para la selección de herramientas disponibles en Internet, haciendo la salvedad de que todo intento por depurar, clasificar y organizar el universo digital es una tarea sin fin cuya misión nunca se alcanzará plenamente, por lo cual se propone ordenar la web 2.0 en cuatro líneas fundamentales: *Redes sociales, contenidos, organización social e inteligente de la información y aplicaciones y servicios.*²⁴³

Podemos mencionar que no se trata ya de herramientas sino de personas, de un enfoque centrado en el consumidor con énfasis en el mensaje por encima del producto, en cómo las empresas dialogan con los clientes y en cómo deben ser capaces de ofrecer una respuesta adecuada a las necesidades y/o demanda de éstos.

²⁴² Una red *Peer-to-Peer*, red de pares, red entre iguales, red entre pares o red punto a punto (P2P, por sus siglas en inglés) es una red de computadoras en la que todos o algunos aspectos funcionan sin clientes ni servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan como iguales entre sí. Es decir, actúan simultáneamente como clientes y servidores respecto a los demás nodos de la red. Las redes P2P permiten el intercambio directo de información en cualquier formato, entre los ordenadores interconectados. Normalmente este tipo de redes se implementan como redes superpuestas construidas en la capa de aplicación de redes públicas como Internet.

El hecho de que sirvan para compartir e intercambiar información de forma directa entre dos o más usuarios ha propiciado que parte de los usuarios lo utilicen para intercambiar archivos cuyo contenido está sujeto a las leyes de copyright, lo que ha generado una gran polémica entre defensores y detractores de estos sistemas.

Las redes *peer-to-peer* aprovechan, administran y optimizan el uso del ancho de banda de los demás usuarios de la red por medio de la conectividad entre los mismos, y obtienen así, más rendimiento en las conexiones y transferencias que con algunos métodos centralizados convencionales donde una cantidad relativamente pequeña de servidores provee el total del ancho de banda y recursos compartidos para un servicio o aplicación.

Dichas redes son útiles para diversos propósitos. A menudo se usan para compartir ficheros de cualquier tipo (por ejemplo, audio, video o software). Este tipo de red también suele usarse en telefonía VoIP para hacer más eficiente la transmisión de datos en tiempo real.

La eficacia de los nodos en el enlace y transmisión de datos puede variar según su configuración local (cortafuegos, NAT, ruteadores, etc.), velocidad de proceso, disponibilidad de ancho de banda de su conexión a la red y capacidad de almacenamiento en disco. <http://es.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>, última consulta 18 de diciembre de 2013)

²⁴³ FLORES C, MORAN C y RODRÍGUEZ V., *Las Redes Sociales.*, Enlace virtual- Edición n° 1, octubre de 2009, *Boletín Electrónico de la Unidad de Virtualización Académica – UVA, Universidad de San Martín de Porras- USMP.*, Lima- Perú 2009

En el marketing 2.0 se destacan las plataformas Social Media Marketing (SMM) en las que el emisor y el receptor se confunden en capacidades y funciones; herramientas como blogs, wikis, *podcats*, redes sociales, agregadores, etc., que permiten a los usuarios constituirse en medio de comunicación (estableciendo diálogos y constituyéndose en comunidades) donde son ellos quienes toman las decisiones acerca de los contenidos que se publican, cómo clasificarlos y distribuirlos. Es así como el audio y el video son elementos muy potentes para la transmisión de esas experiencias y las relaciones con una marca, un producto o un servicio.

El marketing 2.0 se origina frente a la necesidad de referirse a una nueva generación en la historia de la web basada en comunidades de usuarios, y una gama especial de servicios como las redes sociales que fomentan la colaboración y el intercambio de información entre usuarios.

Otro factor de transición lo constituye el enfoque estratégico del marketing a partir de un análisis DOFA²⁴⁴ que identifica debilidades, oportunidades, fortalezas y amenazas y, en el cual el cliente constituye el elemento pasivo, inexpressivo, carente de voluntad para pasar a ser un cliente que se transforma en elemento social que no solamente consume contenidos sino que genera nuevos contenidos denominándose entonces *prosumidores*²⁴⁵ (*productor + consumidor*). El distintivo principal es entonces estar en “Red”, donde las conversaciones fluyen de forma pública obligando al usuario a salir del marketing que tiene como fundamento lo personal (“mi”) a un marketing con fundamento en el “nosotros” con la figura de un consumidor colaborativo, participativo e interactivo.

En el escenario del marketing web 2.0 se pasa de la *interrupción* a la *conversación*, como una nueva forma de transmitir un mensaje para posicionar un producto marca o *claim* en el *top of mind* de los clientes. La comunicación tiene como base la conversación

²⁴⁴ La matriz DOFA (también conocida como matriz FODA o análisis SWOT en inglés), es una herramienta utilizada para la formulación y evaluación de estrategia. Generalmente es utilizada para empresas, pero igualmente puede aplicarse a personas, países, etc. Su nombre proviene de las siglas: Debilidades, Oportunidades, Fortalezas y Amenazas. En: http://www.degerencia.com/tema/analisis_dofa

²⁴⁵ SANAGUSTÍN Eva, et. al., En (e-Book) *Del 1.0 al 2.0: Claves para entender en nuevo marketing.*, Ed. Bubock Publishing., España 2009., p. 14

rechazando la interrupción cuando se aborda en un momento no deseado al consumidor, lo que viene a remplazarse por ubicarlo en la Red, a través de blogs, redes sociales, nanoblog o en cualquier dispositivo por el cual se conecte (bien sea un ordenador o un teléfono) para hablar con él de lo que quiera en un plano de igualdad demostrando interés en lo que dice y como lo dice.

El fundamento del marketing web 2.0 lo constituye lo que se ha denominado “*inteligencia colectiva*”²⁴⁶, es decir, que la suma de conocimientos y actividades en los entornos web genera un resultado final superior a la suma de las inteligencias o aportaciones individuales. Se trata de una modalidad en la cual las iniciativas, los desarrollos de nuevos productos y servicios, la definición de mensajes, la creación de eventos, no resulten de la iniciativa propia ni de la reflexión en un despacho, sino de la *inteligencia colectiva* donde los clientes, las masas y los grupos son parte importante como protagonistas.

Otra particularidad de esta modalidad de e-marketing es la aparición del *engagement*²⁴⁷ en donde el producto no es más que la forma mediante la cual los clientes se relacionan con una marca; pasa de estar centrado en el diseño y elaboración de productos ganadores, a ser diseñado, construido, desarrollado, comercializado o vendido pensando en la experiencia del cliente con el producto, marca o servicio, buscando un compromiso o la vivencia de una experiencia con el consumo transformando los clientes en seguidores, en “*fans*” del producto, marca o servicio, como ocurre por ejemplo con Apple o Google.

Otra característica que resulta necesario resaltar es que en el marketing 2.0 se deja de perseguir a los clientes para buscar cómo atraerlos. El esfuerzo debe enfocarse en pensar, diseñar y establecer cómo llegar al consumidor y cómo lograr la experiencia del consumo del mensaje²⁴⁸.

²⁴⁶ SANAGUSTÍN Eva., *op cit.*, p. 15

²⁴⁷ *Engagement*: Medida de adopción y relación de una marca por parte de sus clientes y/o prospectos, es decir, Contenido + Usabilidad+ participación + virabilidad. www.blogdemarketingonline.com (última consulta, 7 de octubre de 2011)

²⁴⁸ Una persona está expuesta a 2000 mensajes publicitarios al día; presta algún tipo de atención a 52. Se ven, se leen o se escuchan con ciertas ganas unos 24; gustan 10 y se recuerda de forma positiva a lo sumo a 4. RIVERA Silva. *Marketing*

En el uso del marketing 2.0 ya no es suficiente que el usuario maneje solo el ordenador pues se da la transición de las barreras físicas y se pasa de un solo dispositivo al uso simultáneo de notebook, BlackBerry, iPhone, Android, TV interactiva, Wii... y todos aquellos dispositivos que permiten navegar, comunicarse e informar en cualquier momento, por lo tanto, la característica es estar “*siempre conectados*”. El denominado 24x7 (24 horas por 7 días) empieza a evidenciarse en el trabajo, en la universidad, en el transporte público, en el aeropuerto, estación de tren, playa; en fin, cualquier espacio resulta bueno para conectarse y cualquier dispositivo también. Esta situación hace evidente que se requiere de formatos y estándares como de diferentes soluciones para todos los dispositivos; pues no es lo mismo navegar en un PC que en la BlackBerry y lo que se busca es el acceso mediante cualquier medio, es decir, se impone una visión integral del cliente.

De acuerdo con un estudio realizado por *Yankelovic Monitor*²⁴⁹, el 76% de los consumidores no creen en la veracidad y contenido de los anuncios publicitarios de las marcas y se fían más para tomar una decisión o formarse una opinión de las recomendaciones de amigos y conocidos (marketing por recomendación). La finalidad es conseguir que el cliente satisfecho actúe como prescriptor y de comienzo a un nuevo ciclo.

La cuestión es que se puede invertir tiempo y dinero en la construcción de argumentos o folletos comerciales, pero resulta mucho más productivo que sean los clientes quienes lo hagan ya que la recomendación actúa como acelerador del proceso de posicionamiento y en consecuencia del proceso de compra. Vale igualmente destacar como característica del e-marketing que la tecnología y específicamente el software social permite a los usuarios y/o individuos quienes durante mucho tiempo han interactuado en pequeños grupos o consumidores individuales puedan ahora compartir, comunicar y generar una opinión compartida; pero las herramientas y la tecnología por sí solas no generan este movimiento del marketing 2.0 sino que más bien permiten descubrir el

Viral., En SANAGUSTÍN Eva, et. al., En (e-Book) *Del 1.0 al 2.0: Claves para entender en nuevo marketing.*, Ed. Bubock Publishing., España 2009., p. 14

²⁴⁹ En: SANAGUSTÍN Eva, et. al., En (e-Book) *Del 1.0 al 2.0: Claves para entender en nuevo marketing.*, Ed. Bubock Publishing., España 2009., p. 17

concepto de comunidad y de lo social. Los consumidores descubren entonces los beneficios de pertenecer a redes sociales las cuales les permiten encontrar e integrar personas e individuos (generar comunidad); hacer cosas juntos (cooperar); compartir conocimientos (comunicación), esto es: escuchar, tomar nota, analizar, aprender y responder, es decir, se genera una reputación corporativa que remplace el egocentrismo anterior.

Previamente a la aparición del marketing digital se disponía de una serie de indicadores que se asumían como válidos en la difusión de un mensaje; ahora existen herramientas que van a permitir disponer de esos indicadores, pero en tiempo real y así por ejemplo: al lanzar un mensaje se puede monitorizar cómo lo reciben los clientes para modificarlo, adaptarlo, cambiarlo o potenciarlo. El marketing digital con sus herramientas permite disponer de indicadores que miden prácticamente todo, sin olvidar que la lógica de un negocio no depende solo de las herramientas, sino de cómo las maneja el profesional del marketing.

En suma, lo que define el movimiento 2.0 es que el foco de generación lo constituyen los consumidores, es decir, el cliente, que es quién marca la agenda del marketing como también las actuaciones a seguir al definir y exigir un contenido, para vivir la experiencia del consumo.

Las reglas del mercado se modifican y revolucionan sustancialmente; los clientes demandan transparencia y apertura. Mientras en tiempo pasado se podía definir y convenir el producto; lanzarlo al mercado y esperar por su demanda. Hoy en primer lugar, es necesario vincularse al mercado e interactuar con los clientes en tiempo real, así entonces, desde la definición del producto hasta su desarrollo; del posicionamiento hasta la comunicación publicitaria y especialmente desde ventas hasta el servicio al cliente; cualquier función (o todas) debe integrarse a una interactividad y asociacionismo con los clientes.

5.1. Antecedentes

Como antecedente importante se debe destacar que, en Marrakech (1994) 117 países firmaron la última Ronda del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) cuyo objetivo se centró en la progresiva liberación de los mercados y, consecuentemente, en la creación de un mercado global que concluyó con la actuación del GATT y la configuración de la Organización Mundial de Comercio (OMC), (en inglés, World Trade Organization, WTO), cuyo propósito es velar por el mercado global con actuación abierta. Hacia el año 2001 se incorpora la República Popular China firmando el protocolo de la OMC y posteriormente el 16 de diciembre de 2011 Rusia superó el último obstáculo para pasar a ser miembro de la OMC, como única gran zona-país del mundo pendiente de incorporación al nuevo mercado global.²⁵⁰

La creación de un mercado global genera unas oportunidades inmensas a condición de disponer de una herramienta que facilite a las empresas su acceso a esa globalidad de forma rápida y eficiente, es el aporte de Internet y de las nuevas tecnologías de la información y comunicación que facilitan el acceso-presencia en ese mercado global con sus características de velocidad y eficiencia. Internet ha producido un gran cambio en la velocidad de respuesta en las relaciones con los clientes, quienes utilizan las tecnologías de la información cada vez más, donde todo sucede a una velocidad muy superior a la del mundo tradicional y esperan que las respuestas a todas sus inquietudes se produzcan sin demoras en tiempo real. El mundo del siglo XXI es altamente interactivo, lo que marcará de manera fundamental los cambios en las disciplinas del marketing que se van a utilizar en la aproximación a este nuevo mercado. Los cambios del entorno desde un mundo físico a otro tecnológico exigen cambiar las estrategias de marketing específicamente las estrategias de comunicación, especialmente en una economía que se encuentra afectada por los efectos de las nuevas tecnologías de la información donde la velocidad de la respuesta es un factor clave de competitividad en esta nueva configuración del mercado y que concluye en el

²⁵⁰ <http://www.wto.org.com>. *World Trade Organization*, (última consulta 3 de diciembre de 2011)

mundo interactivo. El reto de las empresas plantea la necesidad de responder en tiempo real a los requerimientos de los usuarios para cumplir con sus expectativas.

Como consecuencia del dominio de Internet y de la omnipresencia de las conexiones de negocio en Red, el cambio de rumbo hacia un marketing individualizado se está acelerando a un ritmo sin precedentes. Esto sucede al tiempo que la mayoría de los profesionales de los negocios son impelidos de un lado para otro por los mandatos de la “antigua economía” y la confusión de la “nueva economía”. Mientras que todas las empresas y su competencia se debaten por descifrar cómo adaptarse, sobrevivir y prosperar en un mundo de negocios, una cosa está clara: la interacción entre *e-business* o negocio electrónico y sus *e-customers* o clientes electrónicos va a ser fundamentalmente diferente y exigirá una nueva forma de pensar y un enfoque distinto.²⁵¹

Así entonces, ha surgido la tendencia de enmarcar el marketing dentro de una cultura y dentro de la sociedad de tal forma que la elección del producto que vamos a consumir está determinado por preferencias, gustos y pensamientos influidos y pre-establecidos en el inconsciente colectivo de los consumidores conocido como cultura de consumo. Los empresarios también participan de esta cultura y la reflejan en los productos, razón por la cual se considera al e-marketing como una expresión cultural que obliga a analizar y comprender el comportamiento del consumidor dentro del marco de la cultura. “Es así como emerge el fenómeno del consumo, elevando el nivel del consumo, generando simbolismos en los productos como características que son discriminatorias y exclusivas de un grupo social. Se hace evidente una clara homogeneización de la cultura en todo el mundo, se igualan los gustos y comportamientos de los consumidores de los diferentes países, así como las leyes, la gestión empresarial y las costumbres”²⁵² Este fenómeno cultural no invalida la importancia de la multiculturalidad que subsiste y su influencia en los comportamientos de compra. Es unánime el concepto de que los clientes son

²⁵¹ RAPP S. y MARTÍN C., *Max-e-Marketing. Los siete imperativos para desmarcarse de la competencia en la economía en red.*, Ed. Mc Graw Hill., Madrid 2002

²⁵² BERMÚDEZ, Aponte, Juan Eduardo (2007), disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos66/influencia-marketing-sociedad/influencia-marketing-sociedad.shtml>.

extraordinariamente importantes para la empresa, lo que exige ser muy cuidadosos en la modelación de las culturas a las necesidades de los clientes sin olvidar su necesidad de individualidad. El marketing busca generar identidad en el individuo por lo que se constituye en puente de unión entre lo social y lo individual, recuérdese que entre sus funciones se encuentra “satisfacer necesidades y deseos del consumidor” En consecuencia, el marketing al responder a las necesidades de los consumidores (como seres culturizados) con productos que contienen simbolismos culturales promueve su propia identidad.²⁵³

En este capítulo se aborda la transformación del marketing para enfrentar el desafío que plantea el nuevo medio digital, las estrategias y herramientas más importantes en el mundo *online*, su utilización a través de las técnicas y métodos de e-marketing. Se ilustra igualmente el poder de la web para explotar la inteligencia colectiva, la interactividad con los usuarios considerados como co-desarrolladores. Así mismo la web 2.0 como transición de las aplicaciones tradicionales hacia las aplicaciones enfocadas al usuario final. De acuerdo con San Millán,²⁵⁴ el marco principal del marketing digital es la web a través del uso de buscadores especializados y su fin principal es la promoción de bienes y servicios *online* para ponerlos a disposición del cliente utilizando estrategias y herramientas basadas en la web; proceso que lleva implícito la comercialización, la publicidad (que se tratara en un capítulo posterior), gestión de marcas e investigación de mercados. Se abordan las diversas estrategias de manejo frecuente en el e-marketing en el contexto y comprensión de la web social 2.0 como plataforma interactiva.

Se exponen diferentes aspectos relacionados con el alcance de la regulación vigente que sobre el Marketing 2.0 se dispone, no solo, en España sino internacionalmente pues es de conocimiento universal que en toda organización las actividades y decisiones están sometidas a restricciones, dirección e influencia de fuerzas reglamentarias con la finalidad de proteger a las empresas y consumidores garantizando la competencia, la seguridad y las prácticas de negocio justas.

²⁵³ PÁRAMO Morales D. *Marketing, su esencia conceptual*. Ed. Uninorte. Colombia 2004. p. 180.

²⁵⁴ SAN MILLAN Fernández. Elvira, MEDRANO García Ma. L. MAYORGAS Quintana I. *Buscadores en Marketing Digital en España: Tendencias*. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid- España 2008.

Los mencionados aspectos del marketing digital buscan fortalecer mercados mediante el desarrollo de adecuadas medidas de seguridad jurídica en materia de interactividad multiusuario, erradicando la distancia, aumentando la eficiencia y brindando valores agregados a los usuarios como por ejemplo, implementación de diversas modalidades de pago electrónico, canales de locución directa con la empresa, acceso a una amplia gama de bienes y servicios, protocolos y declaraciones de buenas prácticas en materia de protección al consumidor; facilitar y promover la interoperabilidad, interactividad, conectividad e innovación mediante la incorporación de principios generales del derecho y los especiales del mercado respectivo.

5.2. Perspectiva, concepto y características del Marketing Digital.

“...tratar de abarcar todo lo que está pasando en el mundo de Internet y el e-Commerce es como tratar de beberse un lago.”

Ben Goodger²⁵⁵

Actualmente el consumidor dispone de mucha mayor información para tomar decisiones, puede acceder a vendedores en todo el mundo y cuenta con el reporte de los precios del mercado casi en tiempo real. Con este cambio fundamental del poder de los productores a los consumidores las actividades del marketing necesitan adaptarse, al respecto Kotler, padre del marketing moderno afirma *“El manejo inteligente de la información y el uso de interacciones con el cliente, apoyadas por tecnología se encuentra entre las reglas básicas del marketing electrónico para la nueva economía.”* Comprender el impacto de este cambio es lo que hace que el e-marketing sea eficaz.

²⁵⁵ GOODGER, Ben. *e-commerce and its impact in pricing. Computers and Law*. Oct-Nov.1999 pp..22-29. En: REMOLINA, Angarita Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. 2006

Cuando se hace referencia al marketing digital, marketing *online*, marketing 2.0, net-marketing, marketing interactivo o e-marketing se remite según Muñiz González “al conjunto de estrategias, técnicas y operaciones que coordinadas a través de Internet buscan aumentar las ventas de un producto o servicio. Combina cada uno de los servicios del marketing convencional o analógico con las oportunidades y posibilidades que brinda Internet y la interactividad de los servicios que ofrece. El objetivo es comercializar productos y servicios que satisfagan las necesidades de los clientes y que a través de campañas *online* se consiga atraer a clientes potenciales hacia páginas web corporativas, tiendas *online*, portales generalistas, etc. Se trata de una herramienta propia de las economías de mercado con aplicación en muchas otras actividades de las sociedades humanas. El éxito del Marketing Digital comienza con un proceso continuo de conversión de clientes potenciales en clientes leales, fidelizados y satisfechos que utilizan la Red como canal de comunicación, ventas y/o distribución”²⁵⁶ ya no importa tanto la participación de mercado como la participación del cliente. La idea es lograr relaciones de negocios, en lugar de transacciones de negocios. La tecnología ha permitido acercar las empresas a sus clientes a través de una implementación de base de datos, los nombres, direcciones, el sector de interés, sus gustos personales, entre otros.

El marketing digital no solo ha establecido nuevas reglas de juego, sino que ha permitido un mayor y mejor conocimiento de los clientes lo que ha generado nuevas estrategias de marketing como: alianzas, publicidad *online*, e-mail marketing, herramientas de fidelización (Programas de puntos, descuentos) marketing *one to one*, el uso de Internet con fines de publicidad y venta de productos y servicios mediante avisos en páginas web, envío de correos masivos o *e-mailing*, utilización de redes sociales, marketing de bitácoras (blogs), como también el marketing en buscadores tanto orgánico SEO (*Search Engine Optimization*: optimización para Motores de Búsqueda) como el pago por enlace o click, SEM (*Search Engine Marketing*: marketing de buscadores)²⁵⁷

²⁵⁶ MUÑIZ, González Rafael. *Marketing en el Siglo XXI*. 3ª Edición. Cap. 13. *Marketing en Internet y las nuevas tecnologías*, 2010. Disponible en: <http://www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm>.

²⁵⁷ GARCÍA, Arcones María y SAA, Álvarez Rubén. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Universidad Carlos III de Madrid. 2010

En este escenario se hace referencia a estrategias de mercadotecnia en términos de las 4Fs del marketing *online* (diferentes de las 4Ps tradicionales) según descripción realizada por Fleming²⁵⁸ en su obra “*Hablemos de mercadotecnia interactiva*” y que corresponden a “*Flujo* o estado mental en que entra un usuario de Internet al sumergirse en una web que le ofrece una experiencia llena de interactividad y valor añadido. *Funcionalidad*: Cuando el cliente ha entrado en estado de flujo, está en camino de ser captado, pero para que el flujo de la relación no se rompa es necesario dotar a la presencia *online* de funcionalidad, esto es, construir páginas teniendo en cuenta las limitaciones de la tecnología, esto hace referencia a una *home-page* atractiva de navegación, clara y útil para el usuario. *Feedback*: La relación se ha comenzado a construir; el usuario en estado de flujo no se exaspera en la navegación, es el momento de seguir dialogando y compartir la información y el conocimiento del usuario, conocer y construir una relación basada en sus necesidades, personalizar después de cada contacto. *Fidelización*: La Red ofrece la creación de comunidades de usuarios que aportan contenidos para establecer un diálogo personalizado.” El Marketing digital comprende relaciones públicas, servicio al cliente, gestión de contenidos y mercadeo.

En el mismo sentido otros autores como Porter señalan que el marketing digital requiere adicionar dos nuevos elementos a los tradicionalmente conocidos como 4Ps y que corresponden a la 5 y 6 “P” denominados la *Personalización (Personal Selling)* y el *procesamiento de la información (Processing of information)* en razón a que la interactividad en la Red permite a los publicistas conocer las tendencias de navegación de los internautas y así personalizar la presentación de la publicidad según intereses y preferencias de cada usuario. Sin embargo, esto implica aspectos éticos y jurídico-legales que afectan el correcto procesamiento de la información que no todas las empresas manejan con el debido cuidado.

²⁵⁸ CARBALLO, Aranda Y. *Marketing online*. Universidad Autónoma de Entre Ríos UADER., 2007

El e-commerce y el e-marketing adquieren popularidad en la medida que los proveedores de Internet resultan accesibles. Se originan a comienzos de 1990 como páginas web sencillas de solo texto ofreciendo información de productos, evolucionando en avisos publicitarios completos con gráficos. El paso más reciente lo constituye la creación de negocios completos que operan desde la Red con promoción y venta de productos y servicios²⁵⁹ a nivel local, nacional e internacional.

El *e-marketing*,²⁶⁰ definido como el logro de los objetivos de mercadeo de la empresa a través de la aplicación de tecnologías digitales, ya relacionadas anteriormente como Internet, telefonía celular y medios digitales, requiere precisar que se trata de los resultados entregados por la tecnología lo que debe determinar las inversiones de marketing digital y no la adopción de tecnología lo que dirige la inversión en el marketing. Estas tecnologías son los nuevos medios de comunicación digital como los sitios Web y el correo electrónico, los celulares, otros dispositivos móviles y los medios para la distribución de radio y televisión digital como el MP3 y el MP4, el cable, el satélite y el marketing de motores de búsqueda SEM, la publicidad interactiva, el marketing por correo electrónico, y los acuerdos de asociación con otros sitios marketing de afiliación²⁶¹ que de acuerdo a la ilustración realizada por el profesor Coto²⁶² corresponde a una forma de distribución con base en comisiones a través de Internet en la que una empresa (anunciante) premia a otra (editora) económicamente por conseguirle negocio a través de una serie de links introducidos en su *website*. Estos hipervínculos pueden ir encaminados a la venta directa del producto o a enviar al usuario que ha ingresado a la página web al enlace de la empresa vendedora. Los acuerdos de afiliación entre empresas anunciantes y editoras se desarrollan a través de programas de afiliados que admiten dos modalidades; por *click* o por venta. La afiliación por *click* ocurre cuando un visitante de la web editora presiona el botón de su ratón y visita la web anunciante, lo que genera el derecho a recibir una suma de dinero variable según acuerdos con destino a la editora. La afiliación por venta ocurre cuando el

²⁵⁹ CARBALLO, Aranda Y. *op. cit.* 2007

²⁶⁰ Marketing en Internet. *El nuevo marketing digital. op. cit.* p. 26

²⁶¹ Marketing en Internet. *El nuevo marketing digital. op. cit.* p. 27

²⁶² COTO Manuel Alonso, *Herramientas de Marketing Digital*. Editado por IE Bussines Publishing, María de Molina 13, 28006 – Madrid. España., 2011

dueño de la web editora obtiene una comisión o porcentaje por cada venta que realiza la web anunciante gracias al hipervínculo colocado en la página.

El e-marketing trata de las técnicas que se utilizan para apoyar los objetivos de adquisición de nuevos interesados, la prestación de servicios a los clientes existentes que ayudan a desarrollar las relaciones con ellos. Para tener éxito en la comercialización por Internet es necesaria una integración de estas técnicas con los medios de comunicación tradicionales como la prensa, la televisión y el correo directo. Si se logra crear un enfoque conjunto y planificado se puede migrar a los clientes hacia los sitios web y a los servicios *online* a través del uso de tácticas de marketing electrónicas y tradicionales. El *e-business* y el e-marketing tratan de entender qué significan para las organizaciones estos cambios y tendencias mientras buscan explotarlas para lograr una ventaja competitiva y así mejorar la satisfacción de las necesidades del consumidor.

Con base en lo anteriormente expuesto y a manera de conclusión se puede entonces afirmar que constituyen áreas de actividad del e-marketing: posicionamiento en buscadores, medición y análisis de tráfico a un *website*; campañas de e-mail marketing & *newsletters*, publicidad, pago por *click* en buscadores, desarrollo y diseño de sitios Web, comercio electrónico, desarrollo de aplicaciones (*intranets* y *extranets*), marketing viral y buzz marketing, publicidad *online*, *networking*, *Blogs*, redes sociales entre otras. Las innovaciones tecnológicas son, en muchas ocasiones, percibidas más como amenazas que como oportunidades. La tecnología nos rodea pero también nos abruma y no se sabe explotar todas las posibilidades disponibles y esto es lo que precisamente ha ocurrido en los últimos años en el mundo del marketing donde además la mayoría de los expertos tienen una educación o formación eminentemente económica, pero la globalización e internacionalización de los mercados exigen creatividad, innovación, adaptación al cambio y constancia.

Por lo general, el marketing electrónico suele asociarse al marketing digital, e-marketing o marketing *online*. Sin embargo, el marketing electrónico es más amplio, porque existen más medios electrónicos (televisión digital, telefonía móvil, etc.) además de

Internet para desarrollar actividades de marketing. Algunos ejemplos de marketing electrónico serían: el envío de mensajes promocionales mediante telefonía móvil, encuestas distribuidas por correo electrónico, campañas publicitarias distribuidas por televisión digital y video bajo demanda, explotación de bases de datos con información de los clientes, etc. Cuando el esfuerzo del marketing da como resultado una transacción comercial se hace referencia a Comercio electrónico, aunque no siempre todas las técnicas de marketing conducen a una venta directa. El marketing electrónico (e-marketing) se refiere al uso de tecnologías de la información y comunicación para realizar actividades de marketing. Internet se diferencia de los medios tradicionales por su naturaleza abierta y global para las comunicaciones e intercambios y por su elevado grado de interactividad y personalización en las comunicaciones. Cuenta además con asociaciones sectoriales como la EIAA (*European Interactive Advertising Association*), la IAB (*Interactive Advertising Bureau*) o la MMA (*Mobile Marketing Association*)²⁶³

5.3 Algunas ventajas y desventajas del marketing Digital

Cabe enumerar como *ventajas del e-marketing*.²⁶⁴ La igualdad de oportunidades con menos recursos. En Internet no existen empresas pequeñas o grandes. La presentación de páginas y sitios Web depende del programador y de las exigencias de la empresa. Facilita la creación de servicios post-venta, asesoría y una estructura de soporte técnico de productos y servicios.

Se identifican igualmente como *ventajas del marketing digital*: la amplia información disponible; la mayor eficiencia de las inversiones económicas; la disponibilidad 24 x 7 x 365 (24 horas diarias por siete días de la semana y por los 365 días al año); la interactividad sin precedentes, su facilidad para ser probado, desarrollado, evaluado, y medible (Innovación en tácticas), es muy fácil la inserción de productos

²⁶³ MILLAN, Tejedor, Ramón Jesús. *e-Marketing*. Publicado en BIT nº 171, COIT & AEIT. 2008, disponible en: www.ramonmillan.com/tutoriales/marketingelectronico.php. (última consulta, 2 de septiembre de 2010).

²⁶⁴ MUÑIZ, González Rafael. *Marketing en el Siglo XXI*. 3ª Edición. Cap. 13. *Marketing en Internet y las nuevas tecnologías* 2010., disponible en: <http://www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm>

intangibles, tales como software, servicios de asesoramiento, actualización de información y bases de datos legales, contables, médicos y de cualquier otra naturaleza altamente positiva para la generación y difusión de noticias y anuncios. Multiplicidad de medios gratuitos de promoción. Así mismo se constituye en ventaja el hecho de que la distancia entre comprador y vendedor no existe en Internet pues la Red acorta las distancias de una manera increíblemente eficaz. Esto permite a las empresas la posibilidad de ampliar sus mercados a zonas antes imposibles de acceder, obtener representaciones de otros productos, vender franquicias, publicar anuncios en lugares antes impensados. Si una empresa se propone expandir sus ventas o su zona de influencia en el exterior es casi ineludible la creación de una página Web en múltiples idiomas.

Así mismo se pueden identificar algunas *desventajas del marketing digital* relacionadas con: velocidad de la conexión ya que si el servicio es lento puede presentar dificultades para leer las webs, descargar información, e-mails, etc. Para algunos usuarios puede generar desconfianza. En Internet el pago se realiza antes de recibir el producto o servicio, lo que constituye una barrera muy importante en la mente del comprador que frecuentemente debe vencer el temor adicional (justificable y aceptable) de “pagar por ver” o “pagar por obtener” aún antes de recibir un producto.²⁶⁵ Otra desventaja del e-marketing consiste en que el mal uso de algunas herramientas o estrategias ha desembocado en el *spam*, exceso de información, (*junk* = Chatarra-basura) y otras conductas que pueden acarrear grandes penalizaciones económicas si no se actúa de conformidad con la regulación vigente. Se considera igualmente como desventaja del marketing digital las tarifas de traslado de productos y las modalidades de cobro. Resulta obvio que el cobro deberá variar en función de la distancia de conformidad con los costos de envío de paquetes. Existen tarjetas que requieren de la firma manuscrita y la presentación de cupón para realizar el pago de comercio. En una venta al exterior siempre se corre el riesgo de no poder efectivizar el cobro y existen riesgos que los negocios no están dispuestos a correr. El costo de la comisión debe calcularse a efectos de ajustar el precio del producto en el exterior. Igualmente se identifica como desventaja la globalidad de Internet y las múltiples

²⁶⁵ CARBALLO, Aranda Y. *Marketing online*. Universidad Autónoma de Entre Ríos UADER. 2007

empresas y organizaciones a las que brinda acceso creando un estado casi enfermizo de volatilidad de la información que lleva a considerar que la información extraída de la red ya es antigua al momento de leerla el destinatario final. También constituye una desventaja el que día a día los buscadores aumentan en número y calidad. Todas las empresas publican sus anuncios en los medios gratuitos y poco a poco se van convirtiendo en una gran bolsa en la que todo cabe y las empresas que los administran no destinan recursos para su depuración y mantenimiento. Así entonces, muchos de los iniciales buscadores han crecido de tal modo que se transformaron en verdaderos portales de servicios. Se afirma que con el uso de 20 o 25 buscadores claves en todo el mundo en los cuales se incluya una empresa se obtiene los mismos beneficios que incluyéndola en 500 buscadores desconocidos. El impacto de la campaña publicitaria depende principalmente de los links intercambiados con otros sitios y de los links contratados en las pantallas principales de los buscadores.²⁶⁶ Pero el principal obstáculo para el desarrollo del marketing interactivo lo constituye la falta de confianza en los mecanismos tecnológicos y esto obedece a varios factores entre los que figuran: El anonimato de las transacciones; la dificultad práctica de garantizar la confidencialidad e integridad de la información y el bajo acceso de las personas a las TIC's, así como el desconocimiento de la forma como éstas funcionan. Por lo tanto, el problema del desarrollo del marketing digital no es solo tecnológico o legal porque se afronta una etapa de transición donde aún persiste mucho desconocimiento y desconfianza sobre los negocios virtuales. En este sentido Reichheld y Schefter estiman que el precio no es el elemento esencial que impulsará los negocios a través de los medios digitales sino la confianza que se genere en los mismos.²⁶⁷ Seguridad y confianza son factores estrechamente ligados. De no disponer de medios electrónicos seguros el e-marketing no crecerá en las escalas deseables, por eso el desarrollo del marketing interactivo dependerá en parte, del nivel de seguridad de las aplicaciones utilizadas en el mismo. Confianza en el contexto del marketing digital puede entenderse como el hecho de tener seguridad de que la empresa y

²⁶⁶ CARBALLO, Aranda Y. *Marketing online*. Universidad Autónoma de Entre Ríos UADER. Argentina. 2007

²⁶⁷ REICHHELD, Frederick y SCHEFTER, Phil. E-Loyalty. Your Secret Weapon on the Web. Harvard Business Review. Julio de 2000. En: REMOLINA A Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Agosto de 2006. Colombia.

el consumidor van a realizar una transacción o cualquier actividad, con las mismas o mayores garantías de las que ofrece el negocio tradicional.

Es bien cierto que las reglas del marketing tradicional mantienen su vigencia y que lo que conocemos como las 4P, desarrolladas por McCarthy para describir las áreas donde la empresa toma decisiones estratégicas para llevar al mercado sus productos o servicios necesitan de una actualización acorde con los nuevos medios digitales, comenzando con el concepto denominado Marketing mix (mezcla de mercadeo). El *marketing mix*.²⁶⁸ Es un término utilizado para hacer referencia al conjunto de herramientas y variables que tiene el responsable de marketing de una organización para cumplir con los objetivos de la entidad. Esto quiere decir que el marketing mix está compuesto por la totalidad de las estrategias de marketing que apuntan a trabajar con los cuatro elementos conocidos como las 4Ps: Producto, Precio, Posición/Plaza y Promoción (Publicidad). El marketing mix apela a diversos principios, técnicas y metodologías para incrementar la satisfacción del cliente con base en la gestión de las 4 Ps. Los productos, por ejemplo, tienen un ciclo de vida que comienza con el lanzamiento, sigue con el crecimiento, alcanza la madurez y finalmente entra en declive. El marketing mix debe tener en cuenta en qué fase del ciclo de vida se encuentra el producto para diseñar las estrategias. *E- Business*.²⁶⁹ Es la transformación de los procesos tradicionales de negocios que realiza una empresa y el uso de infraestructura de sistemas mejorados por la utilización de las nuevas tecnologías e internet. Una empresa ingresa en el mundo de *e-business* cuando integra los sistemas de información en uso con las nuevas herramientas tecnológicas para mejorar sus procesos y la comunicación interna. Se ha señalado que el *e-bussines* es “una forma de integrar las nuevas tecnologías de la información con las estrategias de negocios. Esta combinación puede aumentar significativamente la rentabilidad y el crecimiento de la empresa.”²⁷⁰ Aplica entonces la creación de intranet, extranet y servicios de soporte al cliente en la web. Combinaciones que generan ahorro de costes, ganancias de productividad, beneficios y mejoras en la

²⁶⁸ Marketing en Internet. *El nuevo marketing digital*. p. 24 En: Professional Tools. <http://img.reducers.com/imagenes/libros> (última consulta 28 de noviembre de 2011)

²⁶⁹ Marketing en Internet. *El nuevo marketing digital*. op. cit. p. 25

²⁷⁰ REMOLINA, Angarita Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. 2006

calidad de los servicios. Algunas empresas utilizan modelos avanzados de adopción de *e-business*, en las actividades de compras, logística, manejo de inventario, cadena de suministros y en la administración y reclutamiento de talento humano. ***E- Commerce***.²⁷¹ Es la negociación, compra y venta de productos y servicios en Internet, otros medios digitales y canales de soporte (telefonía celular, call centers). El *e-commerce* hace referencia a todas las transacciones comerciales realizadas con base en sistemas electrónicos de procesamiento y transmisión de información, especialmente EDI (*Electronic Data Interchange*) e Internet (*Interconnected networks*). Se trata de un área de gran relevancia jurídica y con un importante crecimiento económico. El e-commerce incluye todos los aspectos para hacer negocio de forma electrónica ya sean con clientes, proveedores, accionistas y también entre sucursales de una propia empresa. No se trata solamente de compras por Internet, ya que puede tratarse de cualquier tipo de intercambio de información entre las que se destacan, por ser más propias de la contratación electrónica, el tema de las ofertas, sin realizar la transacción y la publicidad; ofertas para el conocimiento de los productos y publicidad para conocer las novedades del mercado en un ámbito o sector determinado que, incluso, se adapten a los gustos y necesidades de cada consumidor; en una oferta y conocimiento de los bienes ofertados o anunciados que se puede considerar dinámica y flexible de acuerdo con el diálogo que se establezca entre ofertante o anunciante y el consumidor. Así entonces, el enfoque del *e-commerce* puede hacerse teniendo en consideración el *medio utilizado* y los *sujetos intervinientes*.

En función del medio utilizado se dispone del comercio electrónico directo o comercio electrónico *online* y del comercio electrónico indirecto o comercio electrónico *offline*. El comercio electrónico *online* se lleva a cabo exclusivamente por Internet y el comercio electrónico *offline* es el que necesita de apoyo en alguna de sus fases del medio físico para poder completar la transacción comercial. ***En función de los sujetos intervinientes*** pueden distinguirse muchos agentes en el *e-commerce* como Administraciones (Pública o de Gobierno), Empresas (Personas Físicas o Jurídicas), consumidores y que dan lugar a distintas interrelaciones entre ellos como se ilustra en la

²⁷¹ Marketing en Internet. *El nuevo marketing digital. op. cit.* p. 26

Tabla 5.2 y es así como el número de los supuestamente intervinientes puede crecer de tal forma que las posibles combinaciones parecen infinitas. Son bien conocidas las P2P (*Peer to Peer*) o comercio entre iguales o el comercio con el cliente como una subespecie dentro del consumidor de necesaria individualización (*customer vs consumer*) o el comercio en el que una de las partes es el Gobierno diferenciado del resto de la administración (G2B, G2C.) De la combinación de ambos criterios, es decir, del medio utilizado para su perfeccionamiento y clasificación según agentes o sujetos participantes surgen consecuentes clasificaciones más especializadas. Es evidente que el avance del uso de Internet con todas sus posibilidades para desarrollar el *e-bussines* y el *e-commerce* ha permitido agrupar a los clientes en segmentos de mercado y crear una publicidad a su medida generando incluso una relación directa con ellos. Se conocen nombres, direcciones, sectores de interés, gustos personales, intereses y una gran cantidad y variedad de datos de los clientes que obliga abordar el marketing no solo funcional sino integralmente. La tendencia de la publicidad es dejar de bombardear el mercado (por costoso e inútil) y constituir un marketing de permiso más eficaz. El usuario es el que decide convertirse en consumidor con sólo un *click* creando una relación de negocios en lugar de una fría transacción. Sin embargo, No solo por poner una web en Internet y tener un buen producto o servicio se incrementará el número de clientes. Es este un error que comete el 90% de los negocios como lo ilustra García Arcones²⁷² es necesario establecer la estrategia de e-marketing adecuada y utilizar diferentes técnicas y herramientas que permitan el tráfico a la web, captar los clientes y comunicarse con ellos aportándoles valor.

²⁷² GARCÍA, Arcones María. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Departamento de Informática. Universidad Carlos III de Madrid. 2010

Tabla 5.2. Opciones de mercado de e-commerce en función de los agentes participantes y tipos de relación²⁷³

	A	B	C
A	A2A	A2B	A2C
B	B2A	B2B	B2C
C	C2A	C2B	C2C

- A2A. Comercio digital entre administraciones (Gobierno – Administración Públicas).
- A2B. Comercio digital desde la administración hacia las empresas.
- A2C. Comercio digital desde la administración al administrado.
- B2A. Comercio digital desde las empresas a la administración.
- B2B. Comercio digital entre empresas (*Business to Business*) comúnmente se utiliza para intercambio de insumos o aprovisionamientos. Los mercados virtuales o *marketplaces* son entornos virtuales que facilitan procesos de negocio entre empresas utilizando la tecnología para realizar transacciones, facilitar la relación entre compradores y vendedores, optimizar los gastos de gestión y dar transparencia al mercado. El objetivo final de los e-marketplaces es la compra-venta de bienes y servicios por medios telemáticos y el canal más frecuente es Internet.
- B2C. Comercio digital entre empresas y consumidores (*business to consumer*) Es el comercio *online* de una empresa o tienda virtual hacia un particular o consumidor final. Países como China ya superan a EE.UU en volumen total de e-commerce B2C convirtiéndose en el mayor mercado en el mundo según datos de *Boston Consulting Group*²⁷⁴
- C2A. Comercio digital ente consumidor/administrado y la administración.
- C2B. Comercio digital entre consumidor y empresa.

²⁷³ DÍAZ, Bermejo Guillermo. *La protección del consumidor en el comercio electrónico*. Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales: Derecho Informático. 2008

²⁷⁴ RODRÍGUEZ, Samuel., MERINO Pedro, RINCON, Luis., *Manual e-Commerce 2014.*, disponible en: www.ecommerce-news.es

- C2C. Comercio digital entre particulares/consumidores o usuarios. También denominado P2P (*Peer to Peer*) Es el comercio *online* directo entre particulares, normalmente entre transacciones llevadas a cabo mediante subastas en marketplaces.

El *e-marketing* o marketing digital hace referencia a técnicas que se utilizan para apoyar los objetivos de adquisición de nuevos interesados, la prestación de servicios a los clientes existentes que ayudan a desarrollar las relaciones con ellos. Para tener éxito en la comercialización por Internet es necesaria una integración de estas técnicas con los medios de comunicación tradicionales como la prensa, la televisión y el correo directo. Si se logra crear un enfoque conjunto y planificado se puede migrar a los clientes hacia los sitios web y a los servicios *online* a través del uso de tácticas de marketing electrónicas y tradicionales. El *e-business* y el *e-marketing* tratan de entender qué significan para las organizaciones estos cambios y tendencias mientras buscan explotarlas para lograr una ventaja competitiva y así mejorar la satisfacción de las necesidades del consumidor.

El manual *e-commerce* 2014²⁷⁵ registra con especial énfasis: "...Una cosa es clara, el *e-Commerce* ya no es tanto *e-* sino cada vez una parte más importante del comercio. Se diluyen las viejas barreras entre los canales *off* y *on* para viajar hacia un comercio 360° que es el que verdaderamente anhela el consumidor: lo que *yo quiera*, cuando *yo quiera* y como *yo quiera*..." y agrega: "Las corporaciones deben asumir como propios los retos que ello implica y concebirlos como una oportunidad de negocio, es decir, deben adaptarse al entorno. En la empresa como en el ser humano y según la concepción darvinista la supervivencia es del más apto..."

Es evidente que el Comercio Electrónico es un mundo tan grande en el cual se abarcan todos los principio que direcciona, orientan, encaminan y centralizan los parámetros de actuación en el que se desarrolla el marketing digital, es por ello que no

²⁷⁵ RODRÍGUEZ, Samuel., MERINO Pedro, RINCON, Luis., *Manual e-Commerce* 2014. *op. cit.*

podemos dejar de enumerar y tratar estos principios los cuales serán la base para encausar el ámbito del marketing digital, tal y como se desarrollará a continuación

5.4 Principio de Internacionalidad.

El marketing digital implica la utilización de tecnologías en las actividades comerciales lo que ha generado un cuestionamiento general acerca del rol y eficacia de las barreras físicas o geográficas en el comercio internacional, lo que contribuye a acelerar el fenómeno de la globalización o internacionalización de la economía. Quién coloca su página web en Internet está llegando a personas de cualquier parte del mundo e imprime a su actividad connotaciones de alcance internacional, realidad que obliga a los usuarios del *e-marketing* a respetar no solo las normas locales sino las regulaciones internacionales.

Es una afirmación muy acertada de la ONU²⁷⁶ que las disparidades entre legislaciones nacionales que rigen el comercio internacional crean obstáculos para el comercio, lo cual resulta inconveniente para el proceso de conformación de grandes bloques económicos que requieren una plataforma jurídica integrada. En el mismo sentido la UNIDROIT²⁷⁷ ha establecido que las innovaciones tecnológicas y comerciales hacen que las transacciones tiendan a ser transnacionales. Razón por la cual las respuestas normativas a las actividades del marketing digital se caracterizan por ser armonizadas y con enfoque internacional, es decir, el marketing interactivo requiere una aproximación jurídica coherente y coordinada internacionalmente.²⁷⁸

En virtud del *principio de Internacionalidad* la interpretación de la regulación, las normas o la Ley referida al *e-commerce* por parte de sus operadores (jueces, abogados,

²⁷⁶ Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org>

²⁷⁷ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. <http://www.unidroit.org>

²⁷⁸ La declaración de la UE-EE.UU. sobre *e-commerce* puntualiza que “el papel de los gobiernos es proporcionar un marco legal claro y consistente, promover un entorno competitivo en el que el comercio electrónico pueda florecer y asegurar la protección adecuada de objetivos de interés público como la intimidad, los derechos de propiedad intelectual, la prevención del fraude, la protección del consumidor y la seguridad nacional”. En: REMOLINA ANGARITA Nelson., *Aspectos legales del comercio electrónico y la empresa electrónica.*, Facultad de Derecho., Universidad de los Andes. Colombia agosto 2006. p. 323.

empresarios y autoridades entre otros) siempre debe tener en consideración los principios y objetivos que inspiraron dicha regulación, así como la connotación que la misma ha adquirido en el contexto internacional. Esta recomendación tiene como propósito que la labor internacional de armonización de normas no se diluya vía interpretación local de cada operador. Los objetivos generales en que dicha norma se inspira corresponden a: “1) *Facilitar el comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales*; 2) *Validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información*; 3) *Fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información*; 4) *Promover la uniformidad del derecho aplicable en la materia*; y 5) *Apoyar las nuevas prácticas comerciales.*” ²⁷⁹

De acuerdo con la ilustración que sobre aspectos normativos del *e-commerce* realiza Remolina. La ONU a través de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI²⁸⁰ o UNCITRAL por sus siglas en inglés) publicó en 1996 la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico que establece como propósitos: “ 1) *ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan (...) crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de comercio electrónico*” y 2) *“conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático como a los usuarios de la documentación consignada sobre papel”* ²⁸¹

Los problemas básicos que para ese entonces se buscaba solucionar con la Ley modelo estaban referidos a: (1) No validez jurídica al uso de los mensajes de datos como medio para manifestar la voluntad, (2) No aceptación de los datos almacenados en soportes

²⁷⁹ Según la UNCITRAL, Ley modelo sobre *e-commerce*, el artículo 3 sigue lo señalado en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En la legislación colombiana corresponde a la Ley 527 de 1999 del Congreso de la República *por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. El artículo 3 de esta Ley establece los factores a considerar al momento de su interpretación: 1) su origen internacional; 2) la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y 3) la observancia de la buena Ley.

²⁸⁰ CNUDMI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Su principal función es fomentar la armonización y la unificación progresiva del derecho mercantil internacional.

²⁸¹ Tanto la Ley modelo como la guía explicativa de la misma puede ser consultada en <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>

informáticos como prueba en los litigios; (3) Exigencia normativa y práctica de que los documentos estuvieran firmados o consignados sobre papel.²⁸² La Ley modelo ha sido acogida por varios países que la han convertido, con algunos ajustes, en Ley interna.²⁸³ Así mismo ha influido en las normas estatales y federales de los Estados Unidos, Canadá y en la regulación europea sobre el tema.

Es importante destacar que en el plano internacional la Declaración Ministerial de Doha (Qatar) en noviembre de 2001 de la Organización Mundial de Comercio (OMC)²⁸⁴, se establece el compromiso de desarrollo de un marco favorable para el comercio electrónico en los países y la no imposición de aranceles aduaneros para las transmisiones electrónicas. Por su parte, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) a mediados de 2009 establece recomendaciones (no obligatorias) para *el e-commerce* en países de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). En este mismo marco, La UNCITRAL²⁸⁵ define lineamientos específicos para la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. Así entonces, el *e-commerce* se constituye en motor de crecimiento y estrategia fundamental para los tratados de libre comercio en los que se establecen las mismas normas aplicables de la OMC en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) y resaltan compromisos en materia regulativa y arancelaria, por ejemplo la excepción de aranceles aduaneros para los productos digitales

²⁸² REMOLINA ANGARITA Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. Agosto de 2006. p. 337

²⁸³ Australia (1999), China (2004), Colombia* (1999), Ecuador * (2002), Eslovenia (2002), Filipinas (2000), Francia (2000), India* (2000), Irlanda (2000), Jordania (2001), Mauricio (2000), México (2000), Nueva Zelanda (2002), Pakistán (2002), Panamá* (2001), República de Corea (1999), República Dominicana* (2002), Singapur (1998), Sri Lanka (2006), Sudáfrica* (2002), Tailandia (2002) y Venezuela (2001). (*Salvo en lo que respecta a las disposiciones sobre certificación y firmas electrónicas) Hay regulación influida por la Ley Modelo, y por los principios en que se fundamenta en: 1) Los Estados Unidos de América (Ley uniforme de transacciones electrónicas adoptada en 1999 por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre la Ley Uniforme Estatal) y 2) Canadá (Ley Uniforme de Comercio electrónico adoptada en 1999 por la Conferencia de Derecho Uniforme del Canadá) En: REMOLINA, Angarita Nelson. (2006) *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. Agosto de 2006. p. 338.

²⁸⁴ Los compromisos de la OMC son de obligatorio cumplimiento para los países miembros.

²⁸⁵ Ofrece recomendaciones que no son vinculantes para los países.

en los Tratados de Libre comercio (TLC).²⁸⁶ En la tabla 5.3 se ilustran los principales Organismo que promueven la regulación internacional en el comercio electrónico.

Tabla 5.3 Regulación del e-Commerce y armonización jurídica Internacional

Entidad	Regulación relevante
<p>UNCITRAL www.uncitral.org</p>	<p>(1985) Recomendaciones a los gobiernos y a las organizaciones internacionales sobre el valor jurídico de los registros computarizados (1990) Resolución 45/96 Principios rectores para la reglamentación de ficheros computarizados de datos personales (1996) Ley modelo sobre Comercio electrónico (2001) Ley modelo sobre Firma electrónica (2005) Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales</p>
<p>PARLAMENTO EUROPEO http://www.europarl.eu.int/</p>	<p>(94/820/CE) Modelo Europeo de Acuerdo de EDI²⁸⁷ (<i>Electronic Data Interchange</i>) Directivas: 95/46/CE Protección de datos personales 199/93/CE Firma electrónica 2000/31/CE Comercio electrónico 2001/29/CE Armonización de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. (Comercio electrónico) 2002/58/CE Protección de la intimidad en las telecomunicaciones electrónicas 2004/18/CE (31 de marzo) Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. 2006/24/CE (15 de marzo) Conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Modifica la Directiva 2002/58/CE</p>
<p>OECD www.oecd.org</p>	<p>(1980) Guía para la protección de la privacidad y transferencia de flujos de información personal. (1999) Recomendaciones relativas a los lineamientos para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico</p>
<p>UNIDROIT www.unidroit.org</p>	<p>(1994) y (2004) Principios sobre los contratos comerciales internacionales.</p>
<p>ICC www.iccwbo.org</p>	<p>(2004) ICC e-terms. Cámara de Comercio Internacional. Cláusulas contractuales para el e-Commerce. Su contenido recoge prácticamente los postulados de la Ley Modelo de la UNCITRAL.</p>
<p>ICANN Http://www.icann.org</p>	<p>- ICANN. Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (en inglés: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) (1999) Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio. (1999) Reglamento de la Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio</p>

Fuente: REMOLINA ANGARITA Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. Agosto de 2006. p. 336.

²⁸⁶ Documento CONPES 3620. Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Lineamientos de Política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia. Bogotá. 2009

²⁸⁷ EDI. Intercambio Electrónico de Datos. La Comisión de las Comunidades Europeas la concibe como "...el intercambio o transferencia de datos preparados o formateados de manera estándar entre las diferentes aplicaciones que funcionan en los ordenadores de asociados comerciales con un mínimo de intervención manual" (Ver: Aspectos de L'E.D.I., Comisión des Communautés Européennes, D.G. Télécommunications industries de linformation et innovation, FR/89/I, EURI 1983 FR p.12. En: REMOLINA, Angarita Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. Agosto de 2006. p. 331.

5.5 Primacía de la autonomía de la voluntad - (*Choice of law*).

Se entiende este principio como el poder de los particulares para regular sus asuntos personales y patrimoniales de acuerdo con sus intereses y aspiraciones. Constituye un principio de derecho privado ampliamente reconocido en los distintos ordenamientos jurídicos. Tiene su base en el derecho fundamental de los seres humanos al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española). La autonomía de la voluntad es fundamento para la libertad de empresa y la libertad contractual. No obstante, la regulación jurídica, en este aspecto, no es solo un mero reconocimiento del poder autorregulador de los particulares pues para que goce de protección y tutela por parte del ordenamiento jurídico debe cumplir con una serie de requisitos legales por cuanto la autonomía de la voluntad no es ilimitada. Los límites al poder autorregulador de los particulares se manifiesta con normas imperativas de naturaleza pública o privada establecidas por el legislador.²⁸⁸

La contratación en el comercio digital tiene como esencia la autonomía de la voluntad. De allí que la Ley Modelo UNCITRAL-1996 en su art. 4 establece la subsidiaridad de sus normas relativas a los requisitos jurídicos de los mensajes que las partes intercambien con la finalidad de celebrar un acuerdo. La autonomía de la voluntad aplicada a los contratos de los consumidores da lugar a cuestionamientos si consideramos que el proveedor generalmente determina la ley aplicable, el consumidor la asume sin negociación previa y los estados incorporan límites para que las personas físicas no se vean perjudicadas dejando al consumidor un rol muy pasivo o de casi una nula intervención. Razón por la cual, los Contratos de adhesión²⁸⁹, contratos tipos o condiciones generales de contratación se han constituido en una práctica habitual de los últimos tiempos. Por definición esta modalidad de contrato excluye la posibilidad de que el consumidor plasme

²⁸⁸ BOUZA VIDAL Nuria., *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales*. Disponible en: www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf.

²⁸⁹ Algunos establecen su origen en el derecho francés como "*contract d'adhésion*" popularizada por R. Saleiellles, *de la déclaration de volonté: contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Cole civil allemand*, París, Pichon F, pp 299 y ss. En: DREYZIN DE KLOR Adriana, *El derecho aplicable a las relaciones de consumo en la arena internacional*. pp. 33 y ss. Disponible en: http://www.academia.edu/7842932/Defensa_del_Consumidor.

su voluntad en las cláusulas del contrato y de que participe en una negociación al mismo nivel con el proveedor/vendedor. La ausencia de protagonismo del consumidor da lugar a la existencia de cláusulas limitativas o lesivas de sus derechos²⁹⁰. Esta tendencia se observa frecuentemente en los contratos de consumo *online* lo que ha generado que en las diferentes legislaciones nacionales se establezcan medidas protectoras del consumidor tanto virtual como físico. Se destaca que las vulnerabilidades estructurales que rodean la contratación *online* son mayores a la del comercio tradicional en razón a la intermediación de una tecnología particular de un entorno virtual que solo dominan quienes están técnicamente capacitados y que opera a la velocidad de los medios técnicos, pero en la que no hay discusión.

Es así como la ley da prevalencia al acuerdo de voluntad de las partes en aspectos fundamentales en la realización de actividades a través de intercambio de mensaje de datos. Al respecto Illescas²⁹¹, tratadista de las fuentes del derecho, considera que la fuerza de obligar estriba en el consentimiento como declaración unilateral de voluntad en cuanto fuente de obligaciones privadas. Aspectos relacionados con: perfeccionamiento del contrato, momento en el que se considera recibido el mensaje de datos, a dónde son enviados o recibidos los mensajes de datos, certeza del envío y recepción del mensaje de datos, así mismo, saber que un mensaje de datos fue enviado o recibido por la persona indicada y no por un tercero; que si el destinatario recibe varios mensajes de contenido idéntico y provenientes del remitente se debe entender que se trata de copias y no de mensajes diferentes; que el contenido del texto no fue alterado o modificado; que durante la

²⁹⁰ Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, contratos de adhesión particulares. Es evidente que este tipo de cláusulas alcanzaron gran protagonismo desde fines de los ochenta, época en la que los principios meramente economicistas lideraban los criterios de producción legislativa que afectaban a los consumidores y que, tras instalarse primero en las prácticas comerciales, encontraron acomodo más tarde en las legislaciones nacionales. Esta ausencia de libertad del consumidor para negociar su contrato, que supone la popularización de los contratos de adhesión, ofrece también algunas ventajas que se aprecian a gran escala, en términos de macroeconomía. En. DREYZIN DE KLOR Adriana, *op cit.* pp. 33.

²⁹¹ ILLESCAS ORTIZ, Rafael., " *La autorregulación, entre la quiebra de la realidad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad*", *Derecho privado y Constitución*, ISSN 1133-8768, N° 17, 2003, pp. 291-306. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=835580>

transmisión del mensaje de datos su contenido no fue leído por terceros. Son éstos, aspectos fundamentales en el uso y comunicación de los mensajes de datos, como también, la certeza en cuanto a la transmisión de los mismos, el respeto a la integridad y confidencialidad del contenido de los mensajes de datos.

Vale destacar que Colombia ofrece un importante desarrollo normativo al ser pionero a nivel latinoamericano en la disposición de una Ley que referencia el comercio electrónico y la firma digital, así mismo, involucra el principio de equivalencia funcional en las operaciones que se hacen por estos medios. Admite por ejemplo la factura electrónica como documento equivalente a la factura tradicional (Ley 223 de 1995)²⁹² incorporando el principio de neutralidad tecnológica en el uso de la factura y reglamenta su utilización a través del Decreto 1929 de 2007²⁹³.

En la regulación en España, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSICE) como también la Ley 56/2007, de 28 de diciembre de Medidas de impulso de la Sociedad de la Información (LISI) cumplen con este propósito.

5.6 Principio de Equivalencia funcional.

Este principio surge ante la convicción de que uno de los mayores obstáculos a la aceptación del *e-commerce* es la concepción tradicional acerca de la importancia instrumental del soporte papel el cual confiere la seguridad a los contratantes de acreditar el acuerdo y sus términos. La equivalencia funcional de la forma escrita y de la firma electrónica consiste en atribuirles la misma eficacia y valor probatorio a los mensajes y a las firmas electrónicas que a los instrumentos escritos consagrados por la ley en el ordenamiento jurídico.

²⁹² Ley 223 de 1995, Art. 37, establece la viabilidad en la utilización de facturas creadas, generadas, remitidas y aceptadas vía mensaje de datos.

²⁹³ Decreto 1929 de 2007, por el cual se reglamenta el artículo 616-1 del Estatuto Tributario. (factura electrónica)

Illescas Ortiz²⁹⁴ refiriéndose a este principio afirma: “*La función jurídica que en toda su extensión cumple la interpretación escrita y autógrafa -o eventualmente su expresión oral- respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado. La equivalencia funcional, en suma, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto*”.

Según Escobar Mora²⁹⁵, el principio de equivalencia funcional está referido al reconocimiento de efectos jurídicos y probatorios de los soportes digitales. Cuando una norma-regla disponga determinado requisito, y este requisito está concebido para los medios tradicionales, generador de efectos jurídicos,²⁹⁶ dicho requisito podrá ser satisfecho empleando medios electrónicos (bien sea a nivel instrumental o finalista) siempre que se cumpla a cabalidad con la finalidad perseguida por la norma sustancial, no de manera idéntica –analógica-, sino equiparable. Esto significa, garantizando los elementos esenciales y naturales de un acto o negocio jurídico, aunque su forma de llevarlos a cabo emplee soportes y modelos logísticos distintos a los tradicionales, gozando de las mismas prerrogativas y finalidades que las concebidas para la situación fáctica y jurídica lograda en el entorno material.²⁹⁷

²⁹⁴ ILLESCAS Ortiz Rafael., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid., Civitas 2008. P. 41. En: DREYZIN DE KLOR Adriana, El derecho aplicable a las relaciones de consumo en la arena internacional. p. 34. Disponible en: www.academia.edu/7842932/Defensa_del_Consumidor.

²⁹⁵ ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *El Principio de Neutralidad de la Red en material de derechos de autor en la Internet*. Jurídicas S.A.S, Bogotá. Colombia. 2012

²⁹⁶ Tal como lo es el requisito jurídico de validez para las herencias *testamentarias* en Colombia, consagrado en el Código Civil Colombiano – regla- consistente en que un testamento debe constar en documento físico original -es decir que conste en papel, sea el primero expedido, y sea el directamente creado por el testador- y poseer la firma manuscrita de su creador –testador-.

²⁹⁷ En materia de herencia testamentaria el requisito de documento físico puede ser satisfecho mediante un documento electrónico y el requisito de la firma manuscrita puede ser satisfecho mediante una firma electrónica.

Los equivalentes funcionales son entonces, citando a Remolina²⁹⁸ los pares de instituciones del mundo material en el contexto digital. Se fundamentan en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones en el contexto tecnológico. Así por ejemplo, a partir del conocimiento del rol jurídico que cumple el papel²⁹⁹ como medio físico, se diseña una solución técnico-jurídica en un medio electrónico que cumple los mismos fines y además, le imprime al documento electrónico las bondades propias de la tecnología, entre otras, ahorro de tiempo.

La regulación establece los equivalentes funcionales de escrito, firma, original en el contexto digital buscando que dichas instituciones cumplan las mismas funciones que tienen en el uso de los medios tradicionales. La Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL de Comercio Electrónico o LMNUCE aprobada por la Resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre 16 de 1996, establece que la regulación de la contratación electrónica efectivamente parte del principio de no discriminación por razón del soporte, de modo que no se podrán negar efectos jurídicos a la información por el hecho de constar en soporte digital.³⁰⁰

En este sentido la Corte Constitucional en Colombia considera que la Ley 527 de 1999³⁰¹ “...adoptó el criterio flexible de “equivalente funcional” que tuviera en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la

²⁹⁸ REMOLINA, Angarita Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. Agosto de 2006. p. 345

²⁹⁹ Un documento de papel cumple, entre otras, las siguientes funciones: 1. Proporcionar un documento legible para todos; 2. Asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo. 3; Permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; 4; Permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y 5. Proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito.

³⁰⁰ Artículo 5 LMNUCE: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” y en el art. 24 inc. 2: “en todo caso el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental.” Así como la reciente Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales adoptada por la CNUDMI/UNCITRAL en su 38º periodo de sesiones de julio de 2005(A/CN.9/571) y por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005 en su artículo 8: “No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica”. En: RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa. *Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital*. Universidad Carlos III de Madrid. 2008

³⁰¹ La Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

*documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.*³⁰² Así mismo se señalan los requisitos y condiciones que debe cumplir un mensaje de datos para que se entienda que es “escrito”, que está “firmado” y se trata de un “original”, tal y como sucede con los documentos en medio físico.

Tales normativas y sus muchas análogas de los diversos países que han legislado al respecto consagran la equiparación entre los documentos con soporte en papel con los de soporte digital.

Concluye afirmando entonces que esto ofrece una base para considerar que las comunicaciones comerciales digitales, componentes del marketing digital, serían equivalentes funcionales de los mensajes publicitarios tradicionales. Pero también creo que debes anticipar que el e-marketing ofrece multitud de herramientas, algunas interactivas y participativas, que exigen una reflexión más detenida sobre su encaje en las normas tradicionales.

5.6.1. El Documento en el contexto digital.

Al respecto, Rodríguez de las Heras,³⁰³ ilustra con precisión, detalle y profundidad conceptual lo que ha denominado los nuevos paradigmas de la era digital entre los que considera un nuevo replanteamiento del concepto de documento en el entorno digital. Afirma que se vive todo un proceso histórico de migración desde un espacio, el natural, a otro espacio nuevo, el espacio virtual³⁰⁴ y que el reto que esta era digital impone a la escritura no es tan solo un cambio de soporte del analógico a lo digital o del natural al virtual pues constituiría una argumentación continuista y conservadora. No se trata del proceso histórico que tratándose de *la escritura* rememora el hombre desde el uso de *“la piedra, el papiro, la tela, el papel, para volcar, guardar, almacenar o dejar constancia de la*

³⁰² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-662 de 2000. Conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio: 01007028-marzo 21 de 2001 y 03046333- junio 25 de 2003. En: REMOLINA, Angarita Nelson. *op. cit.* p. 346

³⁰³ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa. *Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital.* Universidad Carlos III de Madrid. 2008.

³⁰⁴ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Antonio. *“La migración digital”* TELOS. Cuadernos de Comunicación, tecnología y sociedad, N° 61, octubre-diciembre 2004, pp.4-6. En: RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa. *op. cit.* 2008

información de la palabra. El soporte digital, aquel caracterizado porque la información contenida esta codificada en dígitos 0 y 1” siendo este, “simplemente un nuevo soporte. ...La palabra, la escritura, la información, han de abordarse ahora en un nuevo espacio. Cada entorno, cada espacio, impone a las relaciones de comunicación e intercambio que tienen lugar en él unos protocolos, unos signos, unos procedimientos y unos soportes. El espacio digital también...” y agrega “...la idea de espacio es así un elemento esencial para entender el documento en la migración digital. La pantalla no es la réplica digital de la página de papel, es, de hecho, la ventana de acceso al espacio donde toma forma el documento electrónico, donde se sostiene la información estructurada en una unidad coherente y diferenciada que constituye un documento.”³⁰⁵

Tradicionalmente se concibe que un documento-papel cumple, entre otras, las siguientes funciones: 1. Proporcionar un documento legible para todos; 2. Asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo. 3; Permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; 4. Permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y 5. Proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito. El documento es, citando nuevamente a Rodríguez de la Heras, el resultado de la combinación/integración de soporte y escritura; advierte que no es posible concebir la escritura sin soporte por lo que resultan interdependientes y agrega “*Escritura es la palabra en el soporte que se emplea para almacenarla. No es posible concebir la escritura sin soporte, solo hay escritura cuando existe un soporte*”. En el contexto electrónico el soporte que recoge la información codificada en dígitos 0 y 1 corresponde al soporte digital. Al respecto, la autora hace una aclaración muy pertinente referente al calificativo de electrónico, el cual hace referencia, afirma, “*a los dispositivos de naturaleza electrónica y que han de emplearse para codificar (teclado, ratón, grabador de CD y actualmente los smartphones, los Apps como aplicaciones para los smartphones, el iphone) y para decodificar (pantalla, lector, reproductor de DVD, discman, dispositivos mp3, y de reciente aparición mp4, mp5, las Tablets, ipad’s, Blu-ray, Smart tv) la información contenida en soporte digital*”, es decir, es

³⁰⁵ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa. *op. cit.* 2008

frecuente el uso indistinto de los términos electrónico y digital sin considerar que lo electrónico son los dispositivos a utilizar en la actividad digital.

La concepción de documento en el espacio analógico es esencialmente funcional, es decir, de soporte frente a la escritura³⁰⁶ y los propósitos y funciones que cumple el documento escrito hacen referencia a requisitos de fiabilidad, inalterabilidad, rastreabilidad, individualización, transmisión, reproducibilidad, legibilidad, autenticidad, presentación aceptable y otras características se basan en el soporte papel. Así entonces, la regulación del documento en el espacio natural o analógico tiene como fundamento el soporte cartáceo lo que genera una sensación que la citada autora expresa así: *“el efecto desconcertante que provoca el soporte digital es que el soporte ya no es capaz de definir y de individualizar el documento. El documento emerge del soporte pero no es ni coincide con éste”*

Desde el ámbito jurídico el soporte tiene dos tipos de funciones básicas que confieren también al documento:³⁰⁷ *“Actúa como dispositivo o instrumento de almacenaje y como dispositivo dotado de transferibilidad. En el primer sentido, los rasgos que se asocian a “lo escrito” son en realidad caracteres propios del soporte que se trasladan con naturalidad a la escritura. La exigencia de la constancia por escrito se concibe funcionalmente como garantía de ulterior acceso a su contenido, como medida a efectos probatorios, como instrumento tendiente a lograr un cierto grado de fiabilidad e integridad del contenido. En realidad, estas características proceden de la propia naturaleza del soporte y se exigen en la medida que el soporte pueda asegurarlas (la distinción entre original y copias, la clásica expresión “sin tachaduras”, la exigencia de que se entregue un ejemplar de las condiciones generales). A partir del soporte, estas características se transfieren al contenido y se proclaman de éste. De otro lado, el soporte se presenta como dispositivo dotado de*

³⁰⁶ Al respecto RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., cita entre otros autores a: IRTI, Natalino quién concibe el documento como una *res signata*, en la que cosa y signos son elementos imprescindibles e inseparables: “...el documento no es la cosa, ni es el signo sino conjuntamente *res signata*, objeto sobre el cual ha obrado el hombre”. Así también, cita a NUÑEZ LAGOS, Rafael, quien al analizar y definir el elemento *corporalidad* expresa que, junto al denominado de docencia (su virtud expresiva o significativa) el concepto de documento se refiere a su vez a dos componentes: la cosa en sí misma, el *corpus* y la *grafia*. Igualmente NADAL GÓMEZ, Irene. A pesar de que la noción de escritura suele asociarse tradicionalmente con el soporte papel... creemos que el concepto de escritura es perfectamente aplicable a soportes de otra naturaleza pues refleja en realidad una forma de expresión de una idea, un pensamiento, una voluntad o acto humanos. En: RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa. *Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital*. Universidad Carlos III de Madrid. 2008

³⁰⁷ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa. (2008) *Op. cit.*

transferibilidad. La capacidad del soporte de ser transferible determina la del documento y por extensión la de su contenido (derechos, emisiones de voluntad, declaraciones de ciencia). Así, la disciplina de los títulos-valor, de los documentos representativos de mercancías, se ha construido sobre tres piezas normativas –constitución, transmisión y ejercicio- ancladas en tres fenómenos fácticos, -producción, tradición, presentación/posesión- La “titulización o materialización” de los derechos por su incorporación al título que los documenta, la transmisión del derecho mediante la transferencia del documento y la legitimación por la posesión (y ejercicio del derecho a través de la presentación del documento). Toda esta construcción dogmática y normativa se fundamenta en un concepto documental de base cartácea”³⁰⁸

Así entonces, es evidente la admisibilidad y aceptación del soporte digital con base en una regulación que acoge plenamente el principio de Equivalencia funcional de especial aplicación en el entorno del Marketing 2.0 por cuanto se constituye en promotor de la migración digital y muy receptivo de las nuevas tecnologías, no obstante que se identifica una tendencia nociva claramente argumentada por Rodríguez de las Heras.³⁰⁹ fundada en la concepción de que “*el documento digital para ser considerado como tal, no solamente ha de serlo sino además parecerlo*” por lo que se busca “replicar” o “mimetizar” el aspecto, la presentación y los caracteres del documento tradicional en papel en el espacio digital con el propósito de reconocer en esta imagen fiel un difuso documento que ha perdido su soporte material. Las imágenes se generan a partir del escaneado o digitalización de los documentos en papel (*imágenes*). De esta forma se confunde la esencia en la aplicación del principio de Equivalencia funcional con la búsqueda de la simetría estructural. El apego al soporte en papel es tal que no es capaz de concebirse un proceso documental sin la configuración tradicional del documento cartáceo. La actividad no solo comercial sino de cualquier otra índole exige trasvasar al espacio digital no solo el documento sino también la firma, el mensaje, los acuse de recibo, lugar de envío y recepción, los archivos electrónicos, como también estructuras completas, procesos y resultados. La crítica de Rodríguez de las Heras, resulta trascendente en razón a que la confusión entre *simetría estructural* (réplica de una

³⁰⁸ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa. *op. cit.* 2008

³⁰⁹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa. *op. cit.* 2008

estructura para alcanzar el cumplimiento de una determinada función) y el *principio de Equivalencia funcional* (Garantía de los elementos esenciales y naturales de un acto o negocio jurídico en soportes digitales no de manera idéntica -analógica- sino equiparable.) conlleva la confusión entre *el medio* con *el resultado*, desatendiendo que el espíritu del principio de equivalencia está direccionado hacia la función y no a la arquitectura o dispositivo electrónico. Advierte la autora que “*El riesgo de esta aproximación continuista y estrecha es que desaprovecha las verdaderas potencialidades de las nuevas tecnologías, pues emplea el soporte digital efectivamente como un nuevo soporte y las redes de telecomunicaciones como un nuevo canal de comunicación pero olvida que la palabra y la escritura han migrado a un nuevo espacio.*”³¹⁰, al espacio digital.

5.7 Principio de Neutralidad Tecnológica.

En términos de Escobar Mora³¹¹ este principio hace referencia a que las normas no pueden vincular la producción de efectos jurídicos a un entorno, contexto o tecnología específica. Esto equivale a decir que, existe plena aplicación y amparo de las normas sustantivas, procesales y probatorias en una relación jurídica sin distinción a la tecnología que sea empleada por sus intervinientes. En complemento, este principio determina que las normas deben reconocer el resultado efectivo que brinda la tecnología,³¹² y no el medio tecnológico que se emplee para así brindar sobre el mismo una adecuada aplicación del derecho sustantivo y procesal (incluyendo su ponderación probatoria), y un control por los presuntos vacíos legales, dado que si las normas son neutrales tecnológicamente el derecho no posee vacíos legales en las TICs, pues es cuestión de adaptar, mediante el presente principio, su aplicación a este medio. La finalidad del principio es que la tecnología utilizada no sea motivo de discriminación ni se priorice una sobre otra, de modo tal que las

³¹⁰ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa. *op.cit.* 2008.

³¹¹ ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *El Principio de Neutralidad de la Red en material de derechos de autor en la Internet*. Jurídicas S.A.S, Bogotá. Colombia. 2012

³¹² Es decir, los datos en los mercados de las TIC's tienen como naturaleza y resultado el emitir contenidos de audio, voz, imagen, texto o sus combinaciones entre sí. Si ello es su resultado, la neutralidad tecnológica permite que el derecho se enfoque en el resultado de un dato y no en el medio de gestión del dato (pues además por esta confusión se puede llegar a afirmar erróneamente que el derecho posee vacíos legales en los modelos de gestión de las TIC's tanto instrumentales como finalistas). ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *op. cit.* 2012.

normas jurídicas que se dicten sean neutrales en torno a los avances que tecnológicamente se logren. Así mismo, la elección de comerciar electrónicamente con una tecnología determinada no puede implicar un diverso tratamiento respecto de quienes utilizan otra, sean proveedores o consumidores.³¹³

La LMNUCE en su artículo 6.1 refleja una aproximación con el principio de Neutralidad tecnológica al fundamentar la asimilación en un componente funcional que corresponde a la accesibilidad ulterior de la información. *“Cuando la Ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”*

Situación que igualmente se ilustra con el estatuto del consumidor, Ley 1480 de 2011 del Congreso de la República de Colombia. La norma es aplicable tanto en escenarios físicos como en escenarios digitales pues resulta indiferente el medio empleado en una relación jurídica. Inclusive, si el modelo de gestión es finalista el derecho debe analizar los núcleos esenciales de la equivalencia funcional existentes entre un modelo de gestión tradicional y un modelo de gestión finalista para garantizar la seguridad jurídica pues no se debe distinguir o limitarse en razón a la tecnología que se emplee en un caso específico – como lo es el caso de YouTube, si bien este es un modelo de gestión finalista porque el consumidor no solo es adquirente de contenidos digitales sino también un creador de contenidos digitales (por ello al consumidor se le denomina en estos modelos un PROSUMER³¹⁴, productor y consumidor de contenidos) esto no puede confundir a la ciencia jurídica, ya que en todo caso debe existir un derecho del consumo aplicable a

³¹³ DREYZIN DE KLOR Adriana, *El derecho aplicable a las relaciones de consumo en la arena internacional*. pp. 35 y ss. Disponible en: http://www.academia.edu/7842932/Defensa_del_Consumidor.

³¹⁴ Se está experimentando una transformación en el modelo de mercado y consumo actual convirtiendo al consumidor (consumer) en **prosumidor** (prosumer). Esto no es otra cosa que el resultado de la combinación de productor + consumidor. Este término fue acuñado en 1980 por Alvin Toffler (escritor y futurista estadounidense doctorado en Letras, Leyes y Ciencia, conocido por sus discusiones acerca de la revolución digital, la revolución de las comunicaciones y la singularidad tecnológica. Sus primeros trabajos están enfocados a la tecnología y su impacto (a través de efectos como la sobrecarga informativa) para hacer predicciones sobre los roles de los productores y consumidores. Disponible en: <http://www.puomarketing.com/88/15790/prosumer-perfil-nuevo-consumidor-inteligente-activo-protagonista.html>.

cualquier naturaleza de dato y frente a cualquier clase de creación o consumo de contenidos digitales³¹⁵.

El principio de Neutralidad tecnológica reconoce algo evidente; afirma Remolina³¹⁶ y es que la tecnología cambia constantemente. Si la norma regula un escenario con una tecnología en particular muy seguramente quedará obsoleta rápidamente. Por eso, el espíritu de la norma obedece a ciertos requisitos técnicos fundamentales, pero no señala una tecnología específica que se deba utilizar. Por lo tanto, si la regulación condiciona la utilización de tecnologías confiables para garantizar la integridad de un mensaje de datos, el operador puede escoger la tecnología que desee siempre y cuando sea fiable a la luz del estado de la técnica y del momento histórico que se requiera.

5.8 Principio de Inalterabilidad del derecho sustantivo preexistente.

Establece que el derecho tradicional no debe modificarse, alterarse o desconocerse, sino precisamente prevalecer en su aplicación en los mercados de las TIC's. La trayectoria de la ciencia jurídica ha establecido categorías y principios del derecho flexibles y dúctiles aplicables a los diversos estadios y desarrollos de la humanidad indistintamente a la calidad de los actores, productos o servicios que intervengan en una relación jurídica. Por tanto solo se deberán concebir nuevos silogismos jurídicos cuando los elementos normativos existentes resulten realmente insuficientes.

5.9 Principio de la protección de datos de carácter personal.

La seguridad en el ámbito del comercio electrónico está definida en términos tecnológicos y normativos-regulatorios. En lo relativo a aspectos tecnológicos, resulta

³¹⁵ ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *El Principio de Neutralidad de la Red en material de derechos de autor en la Internet*. Jurídicas S.A.S, Bogotá. Colombia. 2012.

³¹⁶REMOLINA, Angarita Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. Agosto de 2006. P 346

relevante que se establezcan parámetros de seguridad apropiados para el manejo de la información tanto en los sistemas de información, bases de datos y en las redes, así como para las personas jurídicas y/o naturales. Condiciones que garantizan estándares mínimos a nivel tecnológico que generan confianza en las relaciones comerciales por Internet, así como buenas prácticas en el entorno web. La relevancia que el tratamiento de los datos de carácter personal en general y los realizados con fines comerciales en particular tiene, para el avance y progreso de la actividad económica, social y cultural lo ponen de manifiesto las diferentes normativas europeas, nacionales e internacionales relativas a la protección de las personas físicas en lo relativo al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos.

La protección de datos constituye un principio importante para la Unión Europea, es así como el Tratado de la Unión Europea (artículos 6 y 30)³¹⁷ y la Carta de los Derechos Fundamentales (art. 8)³¹⁸ y en la Directiva 95/46/CE³¹⁹ se invita a los Estados miembros a garantizar los derechos y libertades de las personas físicas en lo relacionado con el tratamiento de sus datos personales y en especial el derecho a la intimidad de forma que esos datos puedan circular libremente por la Unión Europea. Dichos principios se recogen en el art. 17 y se requiere que *“Los Estados miembros establecerán la obligación del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de los datos personales contra la destrucción accidental o lícita, la pérdida accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la trasmisión de datos dentro de una red, y*

³¹⁷Tratado de la Unión Europea. Art. 6. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Art. 30. Exige la sujeción de la recogida, el almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de la información en el ámbito de cooperación policial a las disposiciones correspondientes en materia de protección de datos personales. En: ÁLVAREZ Vizcaíno M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del Spam*. Universidad Politécnica de Valencia. pp. 43. España, 2010.

³¹⁸ La protección de los datos personales constituye una de las libertades enunciadas. En: ÁLVAREZ Vizcaíno M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del spam. op. cit.* pp. 43.

³¹⁹La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 referida a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la protección se extiende tanto a los tratamientos automatizados como no automatizados, se refiere tanto a ficheros informatizados como manuales. El Tribunal Constitucional ha sido coherente con esta ampliación del ámbito de protección y también la nueva Ley Orgánica 15/1999 de 13 de noviembre de Protección de Datos personales se refiere a ambos tipos de tratamiento. Lo importante es la protección de las personas, independientemente del proceso técnico al que se vean sometidos sus datos personales. EN: SUBIZA Pérez Ignacio et al., *La Protección de Datos y sus mundos*. Ed. DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L. Pamplona. España. S.F. P 57.

*contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales.*³²⁰ Así entonces el tratamiento de los datos será efectuado de manera lícita, recogidos con fines determinados y solo podrá realizarse si el afectado o titular de los datos otorga su consentimiento inequívoco. Así mismo los interesados tendrán derecho a acceder a los datos y derecho a oponerse a su tratamiento con las excepciones y limitaciones establecidas relativas a la seguridad del Estado, seguridad pública, etc. Las autoridades encargadas de la salvaguarda de los datos se enfrentan a grandes desafíos particularmente los derivados de la evolución tecnológica que dificulta el control y enfrenta la extraterritorialidad en la aplicación normativa y el riesgo que genera los servicios de la sociedad de la información en lo relativo al seguimiento y vigilancia del tratamiento que se hace de los datos personales.

Respecto al marco normativo español tanto la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) como su reglamento de desarrollo (RDLOPD)³²¹ tienen como objetivo principal garantizar y proteger el tratamiento de datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales mediante el establecimiento de obligaciones para las entidades que realicen tratamiento de datos personales así como la disposición de herramientas adecuadas para la protección y el ejercicio de su derecho por parte del afectado o interesado.

Tanto la Directiva 95/46/CE como la LOPD incluyen dentro de su ámbito de protección el tratamiento de los datos personales recogidos en ficheros tanto automatizados como no automatizados, públicos o privados. La LOPD concibe el tratamiento de datos como *“el conglomerado de operaciones y procedimientos técnicos –automatizados o no que permiten la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los*

³²⁰ Protección de los datos personales. http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/14012_es.htm En: ÁLVAREZ Vizcaino M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del spam. op. cit.* pp. 43

³²¹ La LOPD desarrollada según Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre.

datos”³²² Se configura entonces, como el bien jurídico a proteger, el derecho a la *autodeterminación*.

Se identifican tres momentos en el tratamiento de los datos que permiten establecer los principios que prevalecen en torno a la protección de datos: 1. *La toma de datos*. 2. *El cruce de datos para obtener perfiles detallados de su titular* y 3. *El uso o cesión de los datos*. Adquieren entonces protagonismo *los principios de pertinencia* el cual hace referencia al ámbito y la finalidad de la recolección de los datos, de exactitud y actualización, que versan sobre la veracidad de los datos y el de consentimiento del interesado. En correlación con ellos se identifican los derechos a la *autodeterminación*, los derechos de *información y acceso del titular de los datos*, que le permiten conocer el fin para el cual han sido recabados y por quién, y los *derechos de rectificación y cancelación* que tienen que ver cuando los datos se tornan inexactos o bien, hayan dejado de ser necesarios. Así mismo el derecho de *oposición y de revocación del consentimiento*.³²³

La LOPD establece como “Principios de la Protección de Datos” (Título II, arts. 4 a 12) la *Calidad de los datos* (Art. 4 de la LOPD y art. 8 del RDLOPD) que versa sobre la pertinencia, adecuación y necesidad de los datos recogidos con relación al ámbito y a las finalidades para las cuales se hayan obtenido permitiéndose en todo caso el acceso a ellos por el interesado. Así mismo, advierte de la necesidad de que los datos sean exactos y se encuentren actualizados. En el evento de que los datos dejen de ser necesarios para la finalidad que diera origen a su tratamiento entonces, deberán ser cancelados. El principio de *Calidad de los datos* orienta entonces sobre la información de carácter personal que se puede o no incluir en una base de datos y como debe mantenerse esa información en la misma. Entre los principios relativos a la calidad de los datos establecidos en el artículo 8 del RDLOPD figuran:

³²² Directiva 95/46 y LOPD, arts. 2.b y 3.c, respectivamente. En: SÁNCHEZ del Castillo V., *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Ed. La Ley. p. 300. Madrid. España. 2007.

³²³ SÁNCHEZ del Castillo V., *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Ed. La Ley. p. 303. Madrid. España. 2007.

- 1- *“Los datos de carácter personal deberán ser tratados de forma leal y lícita. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.*
- 2- *Los datos de carácter personal solo podrán ser recogidos para el cumplimiento de finalidades determinadas, explícitas y legítimas del responsable del tratamiento*
- 3- *Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para la que los datos hubieran sido recogidos.*
- 4- *Sólo podrán ser objeto de tratamiento los datos que sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.*
- 5- *Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado. Si los datos fueran recogidos directamente del afectado, se considerarán exactos los facilitados por éste. Si los datos de carácter personal sometidos a tratamiento resultarán ser inexactos en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados o sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados en el plazo de diez días desde que se tuviese conocimiento de la inexactitud, salvo que la legislación aplicable al fichero establezca un procedimiento o un plazo específico para ello. Esta actualización de carácter personal no requerirá comunicación alguna al interesado, sin perjuicio del ejercicio de los derechos por parte de los interesados reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre*
- 6- *Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hayan sido recabados o registrados, no obstante, podrán conservarse durante el tiempo en que pueda exigirse algún tipo de personalidad derivada de una relación u obligación jurídica o de la ejecución de un contrato o de la aplicación de medidas precontractuales solicitadas por el interesado.*

7- *Los datos de carácter personal serán tratados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, en tanto no proceda su cancelación ...”*

El artículo 4 de la LOPD dispone que: *“1. Los datos de carácter personal solo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para los que se hayan obtenido”*

En términos de Subiza Pérez et al.,³²⁴ este precepto permite inferir que la finalidad que motive la recogida de datos es la que va a determinar qué datos se requiere recoger y si a finalidad es la de realizar publicidad de productos o servicios dependerá del medio a utilizar para realizar la publicidad. Así por ejemplo: si la publicidad realizada es a través de teléfono móvil, no se necesita pedir al cliente, consumidor o usuario datos de su domicilio o e-mail porque no son ni adecuados ni pertinentes y resultan excesivos para enviarle publicidad vía móvil.

Ahora bien, si el principio de calidad delimita los datos que se pueden o no recabar y almacenar en las bases de datos, *el principio de Información* determina cómo se debe proceder a obtener los datos, esto es, la información que se debe proporcionar al titular de los datos para que ésta sea legal. Así lo reglamenta el art. 5 del RDLOPD.

“1. Los interesados a los que se solicite datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia de u fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de La información-*
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que le sean planteadas.*
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*

³²⁴ SUBIZA Pérez Ignacio et al., *La Protección de Datos y sus mundos*. Ed. DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L. Pamplona. España. S.F. pp. 81-83

- d) *De la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición.*
- e) *De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o del representante*

La Directiva 95/46 incluye en sus artículos 6 y 7 los principios relativos a la *calidad de los datos*, muy ligados a un tratamiento leal y lícito, pertinencia, adecuación, no excesividad, exactitud, actualización y periodo de conservación y los relativos a la *legitimación del tratamiento* dentro de los que se incluye el *consentimiento* y sus posibles excepciones. Así mismo se consideran principios relacionados con la protección de datos la *Transparencia* y la protección especial en torno a los datos calificados como sensibles (salud, raza, creencias religiosas, vida sexual etc.³²⁵

En lo referente al *principio de consentimiento* ha sido definido en el art.3 h) de la LOPD y en el mismo sentido por el art.5.1 d) del RDLOPD como: *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”* y en los apartados 2 y 3 del art. 7 de la LOPD: *“2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. (...)*

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial a la salud y a la vida sexual solo podrán ser recabados,, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”.

Se deduce entonces que el consentimiento se acepta tácito para el tratamiento de datos que no sean especialmente protegidos, pero para que este consentimiento se considere inequívoco es necesario otorgar al afectado un plazo prudencial para que pueda

³²⁵SÁNCHEZ del Castillo V., *op. cit.*, p. 303 y ss.

ser consciente de que el hecho de no ejercer su derecho de oposición implica otorgar el consentimiento pero a la vez tener la convicción de que el interesado ha tenido conocimiento del tratamiento de sus datos y del plazo de que dispone para evitar que se proceda al mismo. El art. 3 h) de la LOPD establece los requisitos del consentimiento para ser considerado conforme a derecho y entre estos requisitos es importante destacar la necesidad de que el consentimiento sea informado, es decir, el afectado debe conocer la existencia del tratamiento de los datos y la finalidad para la cual se recaban según lo estipulado en el art. 5.1 de la LOPD.

La RDLOPD regula la revocación del consentimiento en el art. 17 al disponer que: *“El afectado podrá revocar su consentimiento a través de un medio sencillo, gratuito y que no implique ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento”*. Se infiere del artículo anterior que no es aceptable que el responsable del fichero exija para la revocación del consentimiento el envío de cartas certificadas o similares, la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado o cualesquiera otros medios que le impongan un coste adicional.³²⁶

Las excepciones a la necesidad del consentimiento son reguladas por los artículos 6 de la LOPD y 10 del RDLOPD y están referidos a los datos de carácter personal que se recaben para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas y aquellos que se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.

El consentimiento de los menores de edad y mayores de 14 años es regulado por una regla especial del RDLOPD (art. 13): *“1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”*.

³²⁶SUBIZA Pérez Ignacio et al., *La Protección de Datos y sus mundos*. Ed. DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L. Pamplona. España. S.F. p. 86

En cuanto a la tercera etapa en el tratamiento de los datos y que se identifica como *Cesión y uso de los datos*, es decir el acceso a los datos por terceros y las transferencias internacionales de datos. Al respecto el art. 3 i) de la LOPD y el art. 5.1 del RDLOPD definen Cesión o comunicación de datos como “*toda revelación de datos realizada por una persona distinta del interesado*” y “*como el tratamiento de datos que supone su revelación a una persona distinta del interesado*” respectivamente. Según Subiza et al,³²⁷ los datos de carácter personal sólo podrán ser cedidos cuando se cuente con el previo consentimiento del interesado, y existan fines directamente relacionados entre las funciones legítimas del cedente y el cesionario que justifiquen la cesión de datos. Finalmente la transferencia internacional de datos muy común actualmente ha sido definida por el art. 5.1. s) del RDLOPD como el tratamiento de datos que supone una transmisión de los mismos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo, bien constituya una cesión o comunicación de datos, bien tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero establecido en territorio español. Así mismo el art. 33 de la LOPD establece que las transferencias internacionales de datos efectuadas desde España están sometidas, en principio, a la previa autorización del director de la Agencia Española de Protección de Datos.³²⁸

5.9.1 Los derechos de los titulares de los datos.

Son bien reconocidos los derechos que en materia de protección de datos tiene del titular de los mismos y que le permiten limitar los tratamientos que se realicen de sus datos, reconocer los tratamientos que se están realizando, actualizarlos y oponerse al tratamiento de sus datos para fines de publicidad; entre estos derechos se identifican los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación, Oposición, Impugnación de valoraciones, Consulta del Registro General de Protección de Datos y de Indemnización

³²⁷ SUBIZA Pérez Ignacio et al., *La Protección de Datos y sus mundos*. Ed. DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L. Pamplona. España. S.F. p. 93

³²⁸ SUBIZA Pérez Ignacio et al., *La Protección de Datos y sus mundos*. Ed. DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L. Pamplona. España. S.F. pp. 100-101

por daños o lesiones en sus bienes o derechos por un tratamiento de datos no acorde con lo establecido en la LOPD.³²⁹

El Título III de la LOPD establece los derechos de las personas en torno a la protección de datos entre ellos el *derecho a la Impugnación*. Según el texto del art. 13 “*Los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad*” Cuando así suceda, el interesado puede impugnar los actos administrativos o las decisiones privadas que contengan una valoración de su comportamiento en donde se proceda a una definición de sus características o personalidad. El fundamento de este derecho, en términos de Subiza et al., obedece a que en los tratamientos de datos automatizados utilizados, por ejemplo en el ámbito bancario para evaluar el riesgo en operaciones de crédito mediante técnicas como el *scoring* consistente en “*efectuar una valoración del riesgo según parámetros establecidos y en emitir un resultado de apto o no apto de los clientes*”. El derecho de Impugnación ha sido recogido en la Directiva sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos en el art. 15 en los siguientes términos: “*Los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en el tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinadas aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc.*”³³⁰

El *derecho de Consulta o de Información* se encuentra enunciado en el art. 14 de la LOPD. Instituye que cualquier persona podrá conocer de la existencia de tratamientos de datos, su finalidad y la identidad del responsable de ellos. El Registro General de Protección de Datos (RGPD) es público y la información en él contenida, referente a los ficheros de datos de carácter personal, puede conseguirse gratuitamente a través de la página web de la AEPD. De conformidad con el art. 39 de LOPD serán objeto

³²⁹ SUBIZA Pérez Ignacio et al., *op. cit.* p. 106

³³⁰ SUBIZA Pérez Ignacio et al., *op. cit.* P 107

de inscripción en el RGPD., los ficheros correspondientes a las Administraciones Públicas, los ficheros de titularidad privada, las transferencias internacionales de datos como también los datos relativos a los ficheros necesarios para el ejercicio de los derechos de Información, Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición.³³¹

De igual forma, *el derecho de acceso* (Art.15 LOPD) que faculta al interesado para solicitar y obtener información gratuita sobre la existencia de sus datos, su origen y las comunicaciones realizadas o las que se prevean Los *derechos de rectificación y cancelación* contenidos en el art. 16, se ejerce cuando los datos de carácter personal evidencien falta de exactitud, sean incompletos o hayan dejado de ser pertinentes o adecuados. El *derecho de cancelación* da lugar al bloqueo de los datos y sólo serán conservados por requerimiento de Administraciones públicas, jueces o tribunales. *El derecho de Oposición* (art.17 de la LOPD) se centra en que “*el interesado podrá oponerse al tratamiento cuando no siendo necesario el consentimiento, existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal.*”³³². El RDLOPD dedica a los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición conocidos como derechos ARCO, el Título III y sus artículos 23 a 36. Derechos identificados como *personalísimos*,³³³ que solo corresponde ejercer a su titular y tan solo en casos de incapacidad o minoría de edad por su representante legal. Son derechos independientes, de tal forma que no puede entenderse que el ejercicio de ninguno de ellos sea requisito previo para el ejercicio de otro; son derechos igualmente gratuitos y deberá concederse al interesado un medio además sencillo para ejercerlo. Este tipo de derechos son tutelables ante la AEPD si transcurrido el plazo señalado por la regulación no se ha atendido la petición del solicitante o interesado. La acción de protección de datos o de Habeas Data que tiene como objetivo que cada individuo tenga un poder de disposición sobre sus datos

³³¹ SUBIZA Pérez Ignacio et al., *op. cit.* P 108

³³² SÁNCHEZ del Castillo V., *op. cit.*, p.310.

³³³ Derechos Personalísimos o de la persona. Definidos como aquellos derechos morales que existen por fuera del patrimonio y se generan por el solo hecho de ser persona. Derechos individuales tales como la vida, la honra, el nombre, la libertad, la igualdad, la integridad física o los derechos políticos son derechos que existen y están vigentes y disponibles durante toda la vida de la persona; no son susceptibles de adquirirse o enajenarse, no son elementos de intercambio, no dependen de la voluntad. Son intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles e inexpropiables. Casi todos ellos nacen y se extinguen *ope legis* con la persona. En: RIVERA S. M^o del Rosario., *La protección de datos en el entorno laboral*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Rev. N^o 7. Junio 2012. Bogotá. Colombia.

personales de manera que en todo momento conozca y pueda controlar : dónde están sus datos, a qué tratamiento están sujetos, quién responde del tratamiento, finalidad del tratamiento, destinatarios de los datos, cómo ejercer los derechos de ARCO, cómo impedir o poner fin al tratamiento y uso de los mismos, es decir, el propósito es que el titular pueda ejercer un poder de control sobre los datos.

El derecho de *Indemnización* reconocido por el art. 19 de la LOPD hace referencia al derecho de reconocimiento de daños y perjuicios que tienen los interesados que como consecuencia del incumplimiento por el responsable o encargado del tratamiento de lo dispuesto en la LOPD sufran daño o lesión en sus bienes o derechos.³³⁴

Resulta ilustrativo la sanción impuesta a Google (Madrid, diciembre 19 de 2013) por la AEPD³³⁵ por vulnerar gravemente los derechos de los ciudadanos al declarar ilegales los tratamientos de datos personales en aplicación de su política de privacidad al constatar que Google no da a los usuarios información suficiente sobre qué datos recoge y para que fines los utiliza, combina los datos obtenidos a través de distintos servicios, los conserva durante un tiempo indefinido y obstaculiza el ejercicio de los derechos ARCO. La acción forma parte de una actuación coordinada con las autoridades de Protección de Datos de Alemania, Francia, Holanda, Italia y Reino Unido tras la falta de reacción de Google a los requerimientos previos. En el marco de la investigación realizada por la AEPD las actuaciones de inspección han permitido comprobar que Google recopila información personal de casi un centenar de productos y servicios que ofrece en España, sin proporcionar una información adecuada sobre qué datos se recogen, para qué fines se utilizan y sin obtener un consentimiento válido de sus titulares. Así, por ejemplo, no se informa con claridad a los usuarios de Gmail que se realiza un filtrado del contenido del correo y de los ficheros anexos para insertar publicidad. Cuando se informa se utiliza terminología imprecisa, con expresiones genéricas y poco claras que impiden a los

³³⁴ SUBIZA Pérez Ignacio et al., *op. cit.* p. 108

³³⁵ Agencia Española de Protección de Datos. *La AEPD sanciona a Google por vulnerar gravemente los derechos de los ciudadanos*. Nota informativa. El director de la AEPD, José Luis RODRÍGUEZ Alvarez dicta la Resolución en Madrid, diciembre 19 de 2013 que pone fin al procedimiento iniciado a la empresa Google en relación con la compatibilidad del uso de sus servicios con la normativa española de protección de datos.

usuarios conocer el significado real de lo que se plantea. Google se sirve de una tecnología sofisticada que sobrepasa la capacidad de la mayoría de los usuarios para tomar decisiones conscientes sobre el uso de su información personal por lo que, en la práctica, pierden el control sobre la misma. En contra de lo exigido por la legislación española Google almacena y conserva datos personales por periodos de tiempo indeterminado o injustificado contraviniendo el mandato legal de proceder a su cancelación cuando dejan de ser necesarios para la finalidad que determinó su recogida lo que constituye un tratamiento ilícito de los datos personales. Finalmente la AEPD concluye que Google obstaculiza y en algunos casos impide el ejercicio de los derechos ARCO. El procedimiento a seguir por el usuario para ejercer sus derechos e incluso para gestionar su propia información personal les obliga a recorrer un número indeterminado de páginas, dispersas en varios enlaces, que no están disponibles para todos los tipos de usuarios y, en ocasiones, con denominaciones que no siempre hacen referencia a su objeto. La propia compañía reconoce que hay que ejecutar, al menos siete procesos diferentes, reservándose incluso el derecho de no atender las solicitudes que supongan “un esfuerzo desproporcionado”. La irregularidad se genera en marzo de 2012 cuando Google modifica su política de privacidad y las condiciones de uso de la mayoría de sus servicios creando un modelo de tratamiento de datos basado en la transversalidad, posibilitando que la información que una persona facilita para un servicio pueda combinarse con la de otros y utilizarse con cualquier finalidad, generando un uso de los datos personales que excede ampliamente las expectativas que un usuario podría esperar de la utilización de un servicio.

5.10 Principio de Neutralidad de la red.

Hace referencia a la facultad de intervención que poseen los oferentes (bien sea productores o comercializadores de datos) de los mercados de TIC's en relación al grado de control o permisividad que brindan sobre los datos (de audio, voz, imagen, texto, o sus combinaciones) que viajan por sus redes.³³⁶

³³⁶ Las redes de tráfico de datos no son los servicios portadores de datos tradicionales, como el servicio de banda ancha o los servicios de sistemas satelitales, sino cualquier sistema de red de compartición y/o interacción de datos entre los usuarios de los mercados de las TIC's (V.gr Una página Web en una red que enlaza a dos o más usuarios al interior de la

Este principio tiene dos vertientes: quienes consideran que debe existir plena libertad en el tráfico de datos (V.gr. Internet nace como un proyecto libre y no es plausible limitar la interactividad sobre los datos que viajan por la Red) y la de quienes consideran que debe existir un control previo sobre todo dato que viaje para evitar daños previsibles (V.gr. El Web master de Facebook debe verificar el contenido de los datos que un usuario vaya a remitir a otro y solo permitirá su envío si no es ilegal) Un ejemplo ilustrativo de la aplicación de este principio la proporciona Escobar Mora³³⁷ y se puede apreciar con los Derechos de autor. “La Propiedad intelectual es una institución formal encargada de fomentar la predictibilidad en la gestión de la propiedad producida por el intelecto humano con el objetivo de generar incentivos para la creatividad y la innovación, así como derechos de acceso sobre dichas creaciones e innovaciones”.

Es importante destacar que la filosofía constitucional de la Propiedad intelectual³³⁸ es generar un equilibrio entre la comunidad y el autor. Es ningún momento predica un desbalance en beneficio de la comunidad o del autor pues ambos son sujetos activos de la Propiedad intelectual –Los autores respecto de contar con adecuados sistemas de protección y motivación y la comunidad respecto de ejercer su derecho de acceso al conocimiento, la cultura y, en definitiva, a la dignidad humana de un Estado Social de Derecho que reconoce que el acceso a un nivel promedio de Propiedad intelectual hace parte de los derechos fundamentales, directos y por conexidad de toda persona presente en el territorio nacional. En atención al derecho de acceso a la Propiedad Intelectual que posee la comunidad se ha creado un régimen de excepciones y limitaciones sobre los

red mundial de información –Internet- y por la cual trafican datos, legal, o ilegalmente según se infrinja o no el derecho sustantivo preexistente y en general los principios de Buena Fe, Libertad, Igualdad y Debido Proceso.). ECOBAR, Mora Camilo Alfonso. El Principio de Neutralidad de la Red en materia de derechos de autor en la Internet. Jurídica S.A.S, Bogotá. Colombia. 2012.

³³⁷ ECOBAR, Mora Camilo Alfonso. *op. cit.* 2012

³³⁸ La Propiedad intelectual corresponde a los derechos reconocidos por la Ley que resultan de la actividad intelectual en campos artísticos, literarios, científicos e industriales, dentro de lo cual se encuentra: Derechos de autor (Obras literarias, científicas y artísticas) los derechos conexos (interpretaciones, ejecuciones, fonogramas y emisiones de los organismos de radiodifusión) y Propiedad industrial (Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, lemas, nombres y enseñas comerciales e indicaciones geográficas) En: Documento Conpes 3620 Consejo Nacional de Política Económica y Social. Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del Comercio electrónico en Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Bogotá D.C. 2009.

Derechos de autor -incluso extensibles a la Propiedad Industrial, de hecho, esto ocurre en la práctica en casos como el de la expropiación de patentes por motivos de interés general. V.gr. Una patente que cura una enfermedad terminal o de impacto masivo -para garantizar ciertos accesos y usos legítimos de las obras. Por ejemplo, Derecho de uso de obras para fines educativos.³³⁹

Se diferencia entre dos especies principales de Propiedad intelectual: La propiedad Industrial y los Derechos de autor. La **Propiedad Industrial**,³⁴⁰ encargada de la protección de las ideas propiamente dichas, producidas por el intelecto humano. Su régimen principal se encuentra en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones³⁴¹ Esta norma regulatoria aplica en Colombia de manera preferente sobre las normas internas a menos que éstas resulten más favorables. La Propiedad Industrial es la especie de la Propiedad intelectual que se encarga de proteger la creatividad industrial y a su vez comprende dos subespecies: *Signos Distintivos* y *Nuevas creaciones*.³⁴²

Los **Signos distintivos**, protege las formas de distinción, de un bien, servicio o persona en el tráfico mercantil. V.gr. Las marcas distinguen un producto en un mercado determinado, controlan el riesgo de confusión y/o asociación con otras marcas presentes en dicho mercado y con el paso del tiempo mediante una adecuada gestión de calidad y servicio al cliente, aumentan la recordación y el buen nombre –*good will*- del producto que distinguen.

³³⁹ ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *op. cit.* 2012

³⁴⁰ Los derechos de Propiedad Industrial son de naturaleza territorial como se puede constatar en las normas internas de un buen número de países con algunas excepciones. Los tratados multilaterales reconocen expresamente la naturaleza territorial de estos derechos, inclusive aquellos por medio de los cuales se crean sistemas internacionales de registro. La defensa de la propiedad industrial tiene como fundamento el principio de territorialidad no obstante que nuevos conceptos como el de “integración regional”, el de “globalización” y nuevas realidades como Internet constituyen un reto a la aplicación de éste. La realidad evidencia que las respuestas que el sistema de propiedad industrial ha dado a estos retos (Globalización e Internet) han pasado por el reconocimiento de la territorialidad. En: MATIAS Alemán Marcos El principio de territorialidad de los derechos de Propiedad Industrial frente a dos nuevas realidades: Globalización e Internet. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. GECTI. Rev. N° 4. Junio-2010 Bogotá. Colombia.

³⁴¹ Disponible en Internet: www.comunidadandina.org/normativa/de/D486.htm (última consulta, 14 de mayo de 2012) de conformidad con el reloj atómico gestionado por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia.

³⁴² ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *op. cit.* 2012.

Las *Nuevas creaciones*, protege las creaciones que superan o mejoran el estado del arte de un mercado específico. El derecho de Propiedad industrial en relación con las nuevas creaciones se otorga al desarrollador que satisfaga un nivel inventivo idóneo en el producto (no predecible fácilmente), una novedad en el producto desarrollado (transformación del estado del arte del producto) y una aplicación industrial del producto desarrollado (que transforme la materia -esta transformación ha sido tradicionalmente concebida y aplicada para el contexto de los átomos. V.gr. Una silla que soporta un peso determinado-). Esta clase de derecho concede a su titular la generación y aprovechamiento de un monopolio autorizado por la Ley para explotar su creación por un tiempo determinado. V.gr. Patentes de invención, tienen un término de protección de veinte años desde la invención de la bicicleta; o, patentes de modelo de utilidad, es decir, la mejora de una invención preexistente, las cuales tienen un término de protección de diez años. (por ejemplo, implantar e implementar cambios de potencia y velocidad sobre una bicicleta).

Los *Derechos de autor*, hace referencia a la protección de las obras artísticas, científicas y literarias. Aquí se protege la forma en que se concreta una idea (por ejemplo, dos personas pueden pensar en hacer un retrato, pero cada uno lo va a dibujar de manera distinta, e incluso en un soporte distinto -el primero en papel y el segundo en óleo- generando dos obras distintas).

Los Derechos de autor son una especie de Propiedad intelectual (es decir, corresponden a una institución formal derivada de otra institución formal) cuyo campo de acción es la protección y transacción de obras artísticas, científicas y literarias mediante una equilibrada relación entre la comunidad y el creador de tales obras para que se genere un continuo desarrollo de la creatividad e innovación en los mercados con incentivos tanto morales (reconocimientos sociales y méritos personales) como económicos para los autores, así como con derechos de acceso a tales obras por parte de la comunidad.

Los Derechos de autor se clasifican en *Derechos morales* y *Derechos patrimoniales*. Los primeros protegen la relación de paternidad del artista con su obra; siendo entonces los derechos morales de autor un reconocimiento al creador y un

mecanismo de protección a la obra. Su término de aplicación es ilimitado dado que salvaguarda la relación de intimidad, investigación, producción y titularidad del autor con su obra. Los derechos morales de autor corresponden por lo tanto a: *integridad de la obra*. Es decir al derecho a la no alteración del contenido y/o al buen nombre y prestigio de la obra. *Paternidad de la obra*. Es el derecho a que el nombre del autor de la obra sea citado al interior de la misma (o a que no sea citado si el autor desea una obra anónima). *Divulgación de la obra*. Es el derecho a publicar o a no publicar una obra a un grupo de receptores. *Retracto o arrepentimiento de la puesta en circulación de la obra*. Hace referencia al derecho a sacar o impedir la publicación de la obra si el autor así lo desea (claro está, sin perjuicio de indemnizar los daños que cause a los afectados con el ejercicio de este derecho). Los *Derechos morales*, por lo tanto, están referidos a que el autor dispone de la facultad de decidir sobre la divulgación de su obra, con nombre propio, bajo seudónimo, signo o de forma anónima, al reconocimiento de la autoría, a respetar la integridad, a modificarla como autor o impedir su modificación por otros y a retirar la obra del comercio³⁴³

Los Derechos patrimoniales permiten la comercialización de la obra. Su término de aplicación es limitado, durante la vida del artista y ochenta años más (protección post mortem) Los Derechos patrimoniales de autor corresponden a: *La reproducción de las obras* o sea el derecho de gestión reprográfica de la obra con ánimo de lucro o sin él, según la clase de licencia o cesión de derechos para la reproducción. *La comunicación pública* referida al derecho de exteriorización de la obra a un grupo determinado o indeterminado de personas con ánimo de lucro o sin él, según el contexto en el cual se comunique públicamente o según las medidas de protección y remuneración que sobre la obra desee el autor en el ejercicio de este derecho. *La distribución de la obra*. Es el derecho de compartición de la obra con o sin ánimo de lucro, de conformidad con la clase de licencia otorgada. *La transformación de la obra*. Corresponde al derecho de modificación parcial de

³⁴³ FEMEVAL. *Tendencias y marco legal en el marketing digital y Web 2.0.*, Equipo Marzo., auditores y abogados nuevas tecnologías. Sf.

la obra o a la generación de obras derivadas de la original con o sin ánimo de lucro según la clase de licencia o cesión de derechos que medie en el ejercicio de este derecho.³⁴⁴

Los Derechos de autor como institución formal está sometida a un régimen de excepciones y limitaciones producto de la formalización de prácticas y demanda social a partir de la necesidad de generar una economía eficiente de intercambio legítimo de las obras manteniendo un equilibrio entre los derechos de explotación y protección económica de la obra en beneficio del autor y el derecho de acceso a las obras por parte de la comunidad. Dichas prácticas ahora Instituciones formales constituyen el mecanismo que permite que la comunidad pueda acceder de forma legal y legítima a las diferentes obras sin afectar los derechos patrimoniales y/o morales del autor, y sin disponer de la autorización del autor sobre el uso de sus obras. La generación de un régimen de excepciones y limitaciones surge como respuesta a la función social de la propiedad y son las siguientes: Derecho de cita de cierta porción de la obra para fines académicos y científicos (no lucrativos). Derecho a la información sobre elementos esenciales y/o de interés general de la obra. Uso personal de la obra para fines domésticos (no lucrativos).

De los principios anteriormente expuestos se infiere que la red mundial de información (Internet) dispone de un claro régimen jurídico de instituciones formales que brindan validez jurídica y probatoria al derecho sustantivo preexistente (Principio de equivalencia funcional). Sin embargo es necesario destacar que, una equivalencia entre soporte físico y el electrónico o digital goza de plena aplicación siempre que el soporte digital garantice condiciones de *Integridad, Autenticidad, Identidad, Confidencialidad y no Repudio*.³⁴⁵

Integridad. Es el atributo de seguridad jurídica y tecnológica que garantiza que los documentos digitales no han sido alterados, modificados, falsificados o manipulados en su proceso comunicativo entre emisor y receptor. **Autenticidad.** Como sinónimo de *Identidad*,

³⁴⁴ ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *op. cit.* 2012

³⁴⁵ REMOLINA Angarita, Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica.* Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Agosto de 2006. p.327 Bogotá. Colombia.

es la plena certeza de realizar el negocio con determinada persona y no con otra y de que dicha persona existe y tiene capacidad jurídica. Es el atributo de seguridad jurídica y tecnológica referido a la *Identidad* de la persona que gestiona la comunicación digital. **Confidencialidad.** Es la garantía de que personas no autorizadas accedan a la información que queremos proteger. **No repudio.** Es tener la certeza jurídica de que las comunicaciones digitales y especialmente los mensajes de datos son una forma válida de manifestar la voluntad y constituyen además un medio de prueba. Es la certeza sobre las condiciones de *integridad y autenticidad* de la comunicación digital. El sujeto autenticado no podrá negar su vinculación con el mensaje de datos.

Así entonces y según concepto de Escobar Mora ³⁴⁶ los Derechos de autor como institución formal gozan de plena aplicación en la Red en virtud del principio de *equivalencia funcional*. En lo relativo a la *eficiencia económica* de los derechos de autor estará condicionado al grado de permisividad o de control que un oferente (productor o proveedor de datos) permita sobre los contenidos digitales que trafiquen sobre sus plataformas. En este sentido el principio de *Neutralidad en la red* cobra importancia. Si el concepto de *eficiencia económica* de los derechos de autor es el relativo a la generación de un conocimiento colectivo y universal es factible que la neutralidad en la Red sea estimada con un alto o pleno nivel de permisividad en la interacción con los datos. Pero si el concepto de *eficiencia económica* está referido a la generación de riqueza individual para el autor o para la industria que adquiera sus derechos es muy probable que la *neutralidad en la Red* sea estimada de forma moderada en el sentido de conceder ciertos derechos de interacción con los contenidos y restringir a plenitud otros derechos de manipulación de fondo de los contenidos. Para instrumentalizar estos posibles escenarios el oferente (productor o comercializador) de los contenidos digitales debe autorregular el principio de *neutralidad en la Red* al interior de los términos y condiciones de uso de la página, sitio o portal Web³⁴⁷,

³⁴⁶ ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *El Principio de Neutralidad de la Red en materia de derechos de autor en la Internet*. Jurídica S.A.S, Bogotá. Colombia. 2012

³⁴⁷ La diferencia entre una página, sitio o portal Web radica en el nivel de interactividad que brinda al usuario. La página Web cuenta con una interactividad básica e información poco dinámica. El sitio Web cuenta con diversas aplicaciones para un contexto específico y el Portal Web cuenta con diversas aplicaciones para diversos contextos, es decir, es un escenario de plena interactividad -en principio su modelo de gestión es finalista-. En: ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso.

para el efecto debe el oferente incluir en los términos y condiciones de uso de la plataforma un apartado especial destinado a manifestar la filosofía que adopta en materia del principio de *neutralidad en la Red*. Condición válida en tanto no incurra en un abuso del derecho, (es decir, que no se generen censuras), desconocimiento del régimen de excepciones y limitaciones, prácticas desleales (y en general de mala fe) o usurpación de funciones públicas en materia de control de contenidos. Una adecuada determinación de los alcances y facultades del oferente al autorregular el principio de neutralidad en la Red, y por tanto, no incurrir en un abuso del derecho requiere determinar muy bien el mercado o contexto en el que van a traficar e interactuar los contenidos digitales. Por mercado debe entenderse, el lugar de concurrencia de ciertos agentes económicos (productores, expendedores, reguladores, reglamentadores, competidores o consumidores sin necesidad de que concurren todos en una determinada situación) para satisfacción de sus intereses privados o colectivos. Se hace referencia entonces al concepto de mercado relevante, que es, en términos de Velandia,³⁴⁸ “*la segmentación de la economía en pequeños mercados autónomos e independientes, donde se exige siempre la realización y observancia de las finalidades de la competencia...Para establecer el mercado relevante se debe determinar el territorio donde participa y los bienes y servicios que ofrecen las empresas. Es decir, el mercado producto y el mercado territorio*”

Es importante destacar que la autorregulación del principio de neutralidad en la Red necesariamente tiene que concebirse, conceptualizarse y exteriorizarse en armonía con los deberes de información que surgen del derecho del consumo y que obliga a todo oferente a brindar una información suficiente, veraz y oportuna³⁴⁹ sobre todos los elementos relevantes a nivel contractual y extracontractual, en un mercado –pues no es necesario que medie un

El Principio de Neutralidad de la Red en material de derechos de autor en la Internet. JURIDIA S.A.S, Bogotá. Colombia. 2012

³⁴⁸ VELANDIA, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. 1ª ed. Bogotá. D.C. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. p. 332. 2008

³⁴⁹ *Suficiencia* hace referencia al suministro integral de todos los elementos de juicio objetivos que permiten al consumidor autodeterminar su acto de compra en un ambiente de certeza en la protección de sus derechos como consumidor. Igualmente se explicará al consumidor las especificaciones, funcionalidades y cualquier contraindicación que en su uso posea un mercado. *Veracidad* es la indicación de información fidedigna de todas las variables del mercado relevante para el consumidor. *Oportunidad* significa que se expondrá al consumidor el lleno de información relativa al mercado relevante, previo a que éste manifieste su deseo de adquirir el producto. En: ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *El Principio de Neutralidad de la Red en material de derechos de autor en la Internet*. Juridia S.A.S, Bogotá. Colombia

contrato para que se proteja a un consumidor. Una página Web por ejemplo, debe disponer de estos deberes de información así el navegante no sea un cliente de los productos que se oferten en ese mercado para que éste decida si está de acuerdo o no con el concepto de eficiencia económica del oferente (productor o comercializador de datos) inclusive porque conceptualmente es un consumidor de la plataforma Web, además de llegar a configurarse como un consumidor de contenidos digitales si llega a prestar su consentimiento sobre los términos y condiciones de uso que le aplicarán en caso de interactuarlo con la página, sitio o portal Web.

Con base en lo anteriormente expuesto se puede afirmar que los mercados relevantes de contenidos digitales cuentan con un claro y adecuado régimen jurídico en virtud de los principios de Equivalencia funcional, Neutralidad tecnológica, Prevalencia del derecho sustantivo preexistente y Neutralidad en la Red. El ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y mediante la aplicación del principio de Neutralidad en la Red, los creadores y/o gestores de contenidos digitales pueden autorregular un determinado nivel de permisividad o control en la interactividad de sus datos con los usuarios de las plataformas Web. Para el caso específico de los Derechos de autor debe conservarse la filosofía constitucional relativa al equilibrio entre los derechos de la comunidad y los derechos del autor en razón a que cualquier autorregulación que afecte este precepto constituirá un abuso del derecho, bien sea a la protección de los derechos del autor o un abuso del derecho de acceso a las obras. A los derechos de autor en Internet les aplica una verdadera equivalencia funcional con los modelos de gestión de obras artísticas, científicas y literarias en los entornos físicos lo que conlleva a la estandarización de los modelos de gestión jurídica y económica sobre los contenidos digitales. No obstante el Parlamento Europeo ha reconocido que: *“la falta de confianza en la seguridad y la protección de las transacciones y los pagos constituye el peligro más importante para el futuro del comercio electrónico”*³⁵⁰ La protección y seguridad se enfoca en contar con: seguridad tecnológica, seguridad normativa y regulatoria y Régimen de impuestos además de la Propiedad intelectual. En materia de impuestos se abordan dos perspectivas a nivel mundial: 1. Establecer un régimen especial aplicable del

³⁵⁰ Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio internacional e Internet. 2009

impuesto de valor agregado a algunos servicios prestados por vía electrónica³⁵¹ y 2. No discriminación entre el comercio convencional y el e-commerce. La primera óptica es aplicada en la Unión Europea y la segunda en Estados Unidos. La discusión en torno a la creación de nuevos tributos específicos al comercio digital permite inferir que éstos no son necesarios puesto que el hecho económico es el mismo, independientemente del medio utilizado.

Citando a Fernández Burgueño³⁵² “en materia de contratación electrónica frente a operaciones de e-Marketing al igual que en la contratación tradicional son de directa aplicación todos y cada uno de los artículos del Código Civil (Cc) y de Comercio destacando por su relevancia en el primero los que se encuentran en el Título II del Libro cuarto y en el segundo los artículos 51 y siguientes. Cabe destacar en este aspecto el trabajo llevado a cabo por la Comisión General de Codificación de Derecho Civil en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos que resume en un único artículo 1268 todo el régimen de Contratación Electrónica, precedido por los artículos revisados de contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y de la protección de los consumidores en los contratos a distancia.”

Con respecto al momento en que se configura la existencia del contrato recurre al artículo 1254 del CC en aquel desde el cual “*una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*” El consentimiento, por tanto, es el que marca el momento de perfección del contrato obligando desde entonces, “*no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley*” conforme dispone el artículo 1258 del CC.³⁵³ Por tanto, basta el acuerdo de

³⁵¹ Directiva 2002/38/CE de la Comunidad Europea, modificada por la Directiva 2006/58/CE del Consejo, de 27 de junio de 2006, en lo que se refiere al período de vigencia del régimen del impuesto sobre el valor añadido aplicable a los servicios de radiodifusión y de televisión y a algunos servicios prestados por vía electrónica.

³⁵² FERNÁNDEZ, Burgueño Pablo. *La contratación electrónica en el ordenamiento jurídico español*. Blog de Derecho. 2010

³⁵³ FERNÁNDEZ, Burgueño Pablo. *op. cit.* 2010

voluntades también en Internet para que los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente establecer las partes tengan los mismos efectos que los contratos tradicionales y sean, según el art. 1089 del CC fuente de obligaciones, siempre que éstas no sean contrarias “*a las leyes, a la moral ni al orden público*” de conformidad con el art. 1255 CC.

Desde el punto de vista del marketing digital el problema no es la forma que ha de adoptar el contrato sino la prueba de su perfeccionamiento. La firma autógrafa u hológrafa genera *ab initio* una seguridad contractual que la contratación telemática sin otro formalismo que el click o la palabra comprometida no consigue alcanzar razón por la cual en el sector público y privado se han adoptado mecanismos de prueba avanzados tales como el depósito digital de contratos, la certificación electrónica, los terceros de confianza digitales y la firma digital y electrónica. No obstante, ni el papel ni la firma manuscrita son requisitos para la formulación de un contrato tradicional, ni medios homólogos lo son para el nacimiento de derechos y obligaciones por medios digitales. Bastará con la concurrencia de voluntades que reúnan los requisitos legalmente establecidos para el surgimiento del contrato electrónico.

5.11. Los mensajes de datos, características y valor jurídico.

Los mensajes de datos³⁵⁴ constituyen el núcleo fundamental de la regulación porque ellos se convierten en un medio jurídicamente válido de manifestar la voluntad y en consecuencia, de realizar cualquier actividad (contratos). El concepto legal hace referencia a los antiguos, actuales y futuros medios que permitan crear, archivar y comunicar información.

Para la legislación colombiana los mensajes de datos hacen referencia a “*La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el telex o el*

³⁵⁴ Literal a) del artículo 2 de la Ley 527 de 1999 Congreso de la República de Colombia.

telex”. (Literal a) artículo 2º, Ley 527 de 1999) Es decir, el mensaje de datos debe ser entendido como toda información creada, tratada y gestionada mediante mecanismos electrónicos. El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos lo conceptúa la Corte Constitucional al afirmar que “...*el mensaje de datos como tal deberá recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, que debe dárseles la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento*”³⁵⁵ Por lo tanto, el hecho de validar jurídicamente el medio que se utiliza para generar, enviar o archivar información no implica que automáticamente se dé plena aceptación al contenido incorporado en dicho medio.

El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos lo establece la UNCITRAL cuando afirma que: “*La forma en que se haya conservado o sea presentada cierta información no podrá ser aducida como única razón para denegar eficacia jurídica, validez o fuerza ejecutoria a esa información*”. A su vez, La Ley Modelo de Comercio Electrónico de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI consagra en su artículo 5: “*No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión*”

La normativa no solo otorga validez jurídica al contenido del mensaje de datos sino también a otros textos a los que en el mismo se hace referencia, pero sin que se transcriba en él. De esta manera el texto de remisión cuenta con el mismo grado de validez jurídica como si fuese parte del texto del mensaje de datos.³⁵⁶ En este sentido establece la UNCITRAL que: “*las comunicaciones electrónicas están estructuradas normalmente de tal forma que se intercambian grandes cantidades de mensajes, cada uno de ellos con un breve contenido de información, y basándose con mucha mayor frecuencia que los*

³⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-662 del 8 de junio de 2000. Así mismo: Concepto N° 03046333 de junio 25 de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

³⁵⁶ REMOLINA Angarita, Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Agosto de 2006. p.353 Bogotá. Colombia.

documentos escritos en remisiones a información que puede obtenerse en otro lugar. No debe someterse a los usuarios de las comunicaciones electrónicas a la engorrosa obligación de sobrecargar sus mensajes de datos con abundante texto si pueden aprovechar fuentes externas de información, como bases de datos, glosarios o listas de códigos, y utilizar abreviaturas, códigos y otras remisiones a dicha información.”

Como características esenciales del mensaje de datos dispone la Corte Constitucional, en Sentencia C-662 de 2000 que *“es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse.”*

La Ley y la Jurisprudencia han llegado a una conclusión clara y que despeja todas las dudas alrededor del valor probatorio del mensaje de datos, y esto es que en virtud de los principios de integridad, autenticidad y no repudio, el mensaje de datos tiene un valor probatorio pleno que debe ser valorado por las autoridades judiciales y administrativas conforme a la ley de la experiencia y de la sana crítica.

5.11.1 Equivalentes funcionales de los mensajes de datos.

La exigencia de que los documentos deban ser firmados o consignados sobre papel (originales) ha sido considerada como uno de los obstáculos jurídicos para el empleo masivo de la informática. La regulación en Colombia mediante la Ley 527 de 1999 establece como equivalentes funcionales que permiten que el derecho sustantivo y procesal aplique adecuadamente frente a los mensajes de datos los siguientes: Escrito, original, firma, archivo y conservación.

Desde el punto de vista del equivalente funcional de “*escrito*” se examinaron, de una parte, la naturaleza de las exigencias legales para que determinadas operaciones comerciales o documentos consten por escrito y, de otra parte, las razones por las cuales se solicita la presentación de un escrito.³⁵⁷ Con esta información, se establecieron las pautas tecnológico-jurídicas mínimas que deben cumplir los mensajes de datos electrónicos para que éstos suplan el requisito de un “escrito” centrándose en el concepto básico de que la información se reproduce y se lee.

Cuando una norma disponga que determinado acto o negocio jurídico debe constar por escrito en soporte físico, dicho requisito quedará satisfecho mediante el empleo de un mensaje de datos. Sin embargo para lograr una adecuada equivalencia funcional dicho mensaje de datos deberá ser íntegro, auténtico, no repudiable y susceptible de posterior consulta (es decir, poder observarse en cualquier momento, debido a lo cual debe controlarse el riesgo de obsolescencia del soporte digital mediante *back ups* continuos o guardándolos en la nube -es decir, en la Red-)³⁵⁸

Tratándose de documentos escritos, es usual solicitar los documentos originales para realizar transacciones sobre los mismos o reducir las posibilidades de fraude. El artículo 8 de la Ley 527 de 1999 del Congreso de la República de Colombia enuncia los requisitos para que un mensaje sea aceptable como el equivalente funcional de *un original* , vinculando el concepto de originalidad a un método de autenticación que garantice la

³⁵⁷ Entre las principales razones, los antecedentes de la ley destacan las siguientes: “1. Dejar una prueba tangible de la existencia y la naturaleza de la intención de las partes de comprometerse; 2. Alertar a las partes ante la gravedad de las consecuencias de concluir un contrato; 3. Proporcionar un documento que sea legible para todos; 4. Proporcionar un documento inalterable que permita dejar constancia permanente de la operación; 5. Facilitar la reproducción de un documento de manera que cada una de las partes pueda disponer de un ejemplar de un mismo texto; 6. Permitir la autenticación mediante la firma del documento de los datos en él consignados; 7. Proporcionar un documento presentable ante las autoridades públicas y los tribunales; 8. Dar expresión definitiva a la intención del autor del “escrito” y dejar constancia de dicha intención; 9. Proporcionar un soporte material que facilite la conservación de los datos en forma visible; 10. Facilitar las tareas de control o de verificación ulterior para fines contables, fiscales o reglamentarios; y 11. Determinar el nacimiento de todo derecho o de toda obligación jurídica cuya validez dependa de un “escrito”. En: REMOLINA Angarita, Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Agosto de 2006. p. 353-354. Bogotá. Colombia.

³⁵⁸ ESCOBAR, Mora, Camilo Alfonso (2012) Concepto jurídico sobre la validez jurídica y probatoria de los mensajes de datos. Juridía S.A.S. Matrícula Mercantil N° 02048575/04-12-2010 Bogotá. Colombia

inalterabilidad del documento desde el momento en que se redactó y envió por primera vez el mensaje de datos..

En la legislación de Colombia, un documento original “*es la fuente primaria de información con todos los rasgos y características que permiten garantizar su autenticidad e integridad*”³⁵⁹ Cuando una norma disponga que determinado acto o negocio jurídico se encuentre en su soporte original, dicho requisito quedará satisfecho mediante un mensaje de datos que sea íntegro (no alterado). El documento será auténtico “*cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado*” (Artículo 26 de la Ley 794 de 2003 República de Colombia) Si un documento o mensaje de datos puede ser enviado y reenviado varias veces, ¿Cuál de ellos es el original? En el contexto digital el concepto de original se relaciona con integridad. Se considera “original” al documento electrónico que no ha sido alterado o modificado desde el momento en que se redactó por primera vez (“integridad”) pero no exclusivamente al primer documento creado. En el espacio digital no se puede entender como documento original únicamente aquel en el que por primera vez se consigna la información, principalmente porque en la práctica el destinatario de un documento, que es enviado vía electrónica, recibe una copia y el remitente se queda con el que, en el contexto tradicional, se conoce como el original.³⁶⁰ Al respecto se genera un problema jurídico para la negociación electrónica directa de Títulos-valores. Lo que obliga a recurrir al uso de las centrales de registro y otros intermediarios para negociar los títulos-valores a través de medios digitales.

Archivo y conservación hace referencia a que cuando la norma disponga que determinado soporte de una obligación jurídica deba conservarse mediante archivos físicos, dicho requisito quedará satisfecho mediante un sistema de archivo digital.

³⁵⁹ Artículo 3 de la Ley 594 de 2000 por la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República de Colombia.

³⁶⁰ REMOLINA Angarita, Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Agosto de 2006. p. 354- Bogotá. Colombia.

El acuse de recibo es el instrumento práctico para impregnar de certeza el envío y recepción de las comunicaciones electrónicas. Mecanismo utilizado para eliminar la incertidumbre que muchas veces rodea este tipo de comunicaciones. Con los *acuse de recibo* el oferente sabrá si su oferta fue efectivamente comunicada o un consumidor conocerá si su pedido fue recibido por el destinatario. En términos de Rodríguez de las Heras³⁶¹ esta figura “*constituye una de esas excepciones que confirman la regla general de inalterabilidad del Derecho preexistente de obligaciones y contratos privados, como principio del Derecho de la contratación electrónica.*” según UNCITRAL, “*la noción de “acuse de recibo” se emplea a menudo para abarcar toda una gama de procedimientos, que van desde el simple acuse de recibo de un mensaje no individualizado a la manifestación de acuerdo con el contenido de un mensaje de datos determinado. En muchos casos, el procedimiento de “acuse de recibo” se utilizaría paralelamente al sistema conocido con el nombre de “petición de acuse de recibo” en las administraciones postales.*”³⁶² Los cuestionamientos relativos a cuándo se entiende enviado y cuándo se considera recibido un mensaje de datos resultan fundamentales si en cabeza de una de las partes está la obligación de enviar una comunicación electrónica y la omisión de dicha remisión genera consecuencias económicas o jurídicas. De conformidad con el artículo 2.3 de la versión 2004 de los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, la oferta surte efectos desde el momento que llega al destinatario. Las comunicaciones dice el artículo 1.9, también surten efectos a partir de ese mismo instante. Una comunicación “llega” cuando le es comunicada oralmente o entregada en el establecimiento o dirección postal del destinatario. Por lo tanto, la certeza de la comunicación de una oferta y la aceptación de la misma a través de un mensaje de datos implica que a partir de ciertos momentos tecnológicos nacen efectos jurídicos. Razón por la cual, es recomendable establecer las reglas o momentos en que, para todos los efectos jurídicos, se entiende recibida una comunicación electrónica. Adicionalmente establecer mecanismos para probar dicha recepción. Todo lo anterior se puede prever en el texto de

³⁶¹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS. B. Teresa., *La formación del contrato en el entorno electrónico y los procedimientos electrónicos de contratación*. Trabajo publicado en CALVO CARAVACA Alfonso Luis. CARRASCOSA GONZÁLEZ., Javier, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid: Colex, 2006.

³⁶² Ley modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico.

los contratos o en los términos y condiciones de uso de las páginas Web. Según la UNCITRAL, “un mensaje de datos” “entra” en un sistema de información desde el momento en que puede ser procesado en ese sistema de información.(...)Un mensaje de datos no habría de considerarse expedido si simplemente ha llegado al sistema de información del destinatario, pero sin conseguir entrar en él.”³⁶³ Puede ocurrir que el sistema de información del destinatario no funcione o si funciona en debida forma el mensaje de datos no ingresa porque hay congestión. Al respecto es importante destacar que la estructura tecnológica de las comunicaciones permite remitir y recibir mensajes desde cualquier parte del mundo. No obstante, el saber desde dónde se entiende enviado o en dónde se entiende recibido es un criterio que puede ser utilizado para resolver un conflicto de leyes. En materia de comunicaciones electrónicas pueden presentarse, entre otras, las siguientes situaciones³⁶⁴ 1. El lugar de ubicación de los sistemas de información utilizados para la comunicación puede estar físicamente ubicado en una ciudad o país diferente al lugar en donde se encuentra el iniciador o receptor del mensaje. Así mismo, la plataforma tecnológica para el envío o recepción de mensajes de datos se puede encontrar distribuida en varias ciudades y países del mundo.2. El iniciador del mensaje puede enviar comunicaciones desde cualquier ciudad o país diferente al de su dominio principal y/o residencia. 3. El destinatario del mensaje puede recibir comunicaciones desde cualquier ciudad o país diferente al de su domicilio principal y /o residencia. Para la UNCITRAL, “el empleo de las técnicas de comunicación electrónica dificulta la determinación del tiempo y el lugar. No es desusado que los usuarios del comercio electrónico y otros medios conexos de comunicación se comuniquen de un Estado a otro sin percatarse de la ubicación de los sistemas de información por medio de los cuales se efectúa la comunicación. Además, la ubicación de ciertos sistemas de comunicación bien puede modificarse sin que ninguna de las partes tenga noticia del cambio”³⁶⁵

³⁶³ Ley modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico.

³⁶⁴ REMOLINA Angarita, Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Agosto de 2006. p.358- Bogotá. Colombia.

³⁶⁵ Ley modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico.

Cuando las partes no precisan o pactan aspectos relativos a desde dónde se entiende enviado y en dónde se tiene por recibido un mensaje de datos, la LMNUCE establece en concepto de Illescas Ortiz³⁶⁶ que “cuando el iniciador no haya acordado con el destinatario que el acuse de recibo se dé de forma determinada o utilizando un método determinado, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o b) Todo acto del destinatario; que basten para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos. La legislación en Colombia, (Ley 527/1999, art. 25), establece que el mensaje de datos es expedido y recibido en el lugar que el iniciador y el destinatario tenga su establecimiento. Cuando *el acuse de recibo* se convierte en un elemento más de protección del destinatario del mensaje de datos, que tenga la consideración de consumidor se comprende que la Directiva de Comercio Electrónico (Primer inciso del artículo 11.1) solo imponga la obligación de confirmación al prestador de servicios³⁶⁷

5.12 Implicaciones jurídicas y legales del Marketing Digital.

“La costumbre prepara y abona la materia sobre la que luego actúa el legislador dotando de estabilidad, certeza y mayor generalidad los dictados primarios de la praxis social”

Corte Constitucional de Colombia (C-486 oct. 28 de 1993)

Se ha hecho referencia al marketing en el entorno digital desde una perspectiva básicamente tecnológica que permite inferir que a pesar de la velocidad y profundidad de los cambios que se han dado en materia de medios digitales, la esencia del marketing se mantiene. El desafío es integrar los medios digitales a partir de un entendimiento del rol que cumplen dentro de la ruta de decisión del consumidor. En este sentido resulta oportuna la sugerencia que nos aporta Picó Estrada³⁶⁸ al advertir que lo importante es estar en el

³⁶⁶ ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Derecho de la Contratación Electrónica*. Citado por: RODRÍGUEZ DE LAS HERAS. B. Teresa., La formación del contrato en el entorno electrónico y los procedimientos electrónicos de contratación. Trabajo publicado en CALVO CARAVACA Alfonso Luis. CARRASCOSA GONZÁLEZ., Javier, Estudios sobre contratación internacional., Madrid: Colex, 2006.

³⁶⁷ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS. B. Teresa., op. cit.

³⁶⁸ PICÓ Estrada Martín. *La esencia del Marketing en la era digital*. Director de la Revista Marcas y Marketing - ANDA (Asociación Nacional de Avisadores) *La esencia del Marketing en la era digital*. Marzo – abril de 2011.

momento correcto con la herramienta digital correcta, lo que se traduce en una gran oportunidad de agregar valor al consumidor y conquistar su preferencia. Así mismo Stephan Loerke Director ejecutivo de la WFA (*World Federation of Advertisers*) citando a Jeff Chester uno de los líderes en la crítica al marketing digital cuando advierte que, “*un potente sistema global de marketing digital diseñado para enviar mensajes comerciales interactivos personalizados de persuasión a donde quiera que estemos está surgiendo como una de las características que definen la era de Internet*” y agrega: “*en el centro del nuevo paisaje del marketing está un sistema de vigilancia comercial que crea amenazas significativas a la privacidad de todos los ciudadanos y consumidores, especialmente niños y adolescentes*” Aunque la protección de datos y los problemas de privacidad son el centro de las discusiones actuales, el debate se dirige al mismo corazón del marketing digital. La normatividad y regulación de la protección de datos y la privacidad en el entorno digital es un problema técnico y complejo que los anunciantes han dejado a los medios de comunicación y a las compañías de tecnología. El problema se ha transformado rápidamente de un asunto técnico a una cuestión política embarazosa y la protección de datos y la privacidad son la única punta del iceberg del debate considerando el marketing digital como el todo.³⁶⁹

En la gestión empresarial el comerciante debe considerar los aspectos jurídicos que involucra su actividad, no hacerlo podría generarle problemas legales que se traducen en sanciones económicas, pérdida de oportunidad de negocio, de tiempo y hasta de la libertad si la conducta realizada es considerada como delito. Se hace necesario entonces la acción del derecho material en los mercados de los contenidos digitales con base en la aplicación de los principios generales del derecho, que para efectos del tema que nos ocupa se identifican como los principios de seguridad jurídica que deben estar presentes en todo escenario de justicia material como son: principio de la Buena Fe, el principio del Debido proceso, el principio de Igualdad, el principio de libertad como principios fundamentales de un Estado de Derecho democrático y a unos principios específicos que en el ámbito internacional se han convenido para la adecuada aplicación de los principios generales del

³⁶⁹ LOERKE, Stephan. *Marketing digital, recolección de datos y privacidad: Hazlo bien o arriesga la confianza en nuestras marcas. Marcas y marketing*. Marzo – Abril 2011.

derecho en los mercados de las nuevas tecnologías al interior de la sociedad de la información,³⁷⁰ entendida como una nueva era antropológica caracterizada por ser una estructura innovadora de organización, gestión y de acceso a los datos. Datos cuya naturaleza puede ser de voz, audio, video, imagen, texto y de su posible combinación dada la convergencia tecnológica.³⁷¹

Por lo anterior, no se concibe en la actualidad que una empresa no use tecnologías digitales para cualquier negocio, así como la publicidad para la promoción de los productos y servicios que se ofrecen al consumidor o usuario. Internet empezó en términos de publicidad pues la capacidad publicitaria de la red con la que las empresas pueden ofrecer sus productos posibilita brindar a los clientes en potencia una información clave para su compra. El primer negocio que empezó a funcionar a través de Internet fue el de la publicidad y esta forma de publicidad sigue vigente³⁷².

El Derecho, entonces se constituye como una herramienta muy adecuada para las actividades de e-marketing dado que en Internet no existen barreras de espacio y tiempo, por lo cual es indispensable el conocimiento, interpretación y manejo de las leyes y los límites que afectan los derechos y las obligaciones tanto de los profesionales del marketing como de los consumidores.

³⁷⁰ Los problemas y dudas jurídicas que surgieron respecto del uso de las TIC's en la contratación con anterioridad a la expedición de normas (como la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL o LMNUCE de Comercio Electrónico aprobada por la Resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas de Dic.16-1996; La Ley 527 de 1999 del Estado Colombiano que regula el uso de los mensajes de datos, Comercio electrónico, Firmas digitales, La ley 34/2002 de Julio 11 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico en España) pueden ser consultados en el libro: "La validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos" del Centro de Estudios Comerciales de la Cámara de Comercio de Madrid. 1988

³⁷¹ ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *El Principio de Neutralidad de la Red en material de derechos de autor en la Internet*. JURIDIA S.A.S, Bogotá. Colombia. 2012. En mencionado autor es abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho y Tecnologías de la Información. Universidad del Rosario. Especialista en Derecho de las telecomunicaciones. Universidad del Rosario. Magister en Derecho Comercial. Universidad Externado de Colombia y PhD (c) en Derecho de la Universidad Externado de Colombia y Universidad de Paris I Francia. Titulado del Programa *Colombian Business Law*. Universidad de los Andes.

³⁷² La publicidad en internet se realiza de tres formas: *Anuncios pull* que corresponde a los típicos *banners* presentes en la mayoría de las webs. Se caracterizan por la sobriedad, aunque sus creadores buscan incrementar su grado de vistosidad para llamar la atención del usuario y explicar mediante un eslogan su propósito. *Anuncios web*. Forma de publicidad que remite a los usuarios de Internet a navegar por una página perteneciente a una firma comercial. *Anuncios Push*. Corresponde a un tipo de anuncio que llega al usuario que llega al usuario mediante suscripción gratuita. En: ZARATE TINOCO Erika., *Marketing*. Disponible en: www.monografias.com

5.12.1 Marco legal del marketing digital.

En el mundo digital es fundamental tener un punto de vista multidisciplinar especialmente en términos organizativos, jurídicos y tecnológicos, lo cual implica limitaciones en el campo del marketing digital y la publicidad referidas a algunas leyes que afectan y constituyen el marco jurídico-legal del e-marketing entre las que se destacan:

- **Ley 34 de 1988, General de Publicidad (LGP)**, se considera publicidad “*toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*”³⁷³. Por lo tanto, es imprescindible en el desarrollo de la actividad del marketing digital.

Es importante destacar que advierte como actos contrarios a la legislación, la realización de actos publicitarios contrarios a la buena fe que contengan información falsa o induzcan a error a los destinatarios, ocultar información necesaria para la toma de una decisión económica con conocimiento de causa, así mismo, la información poco clara, ininteligible o ambigua, que no se ofrece en el momento adecuado o no permite conocer el propósito comercial de esa práctica, por no ser evidente por el contexto y además, prácticas agresivas por acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida³⁷⁴. Se consideran prácticas “agresivas por acosadoras”: realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario ignorando sus peticiones para que empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico y otros medios de comunicación a distancia, es decir, “*realizar acciones tendientes a mermar la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente,*

³⁷³ Ley 34 de 1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad., artículo 2.

³⁷⁴ FEMEVAL: *Tendencias y Marco Legal en el marketing digital y web 2.0*. Equipo marzo, auditores y abogados nuevas tecnologías.

www.femeval.es/departamentos/innovacioncoop/nntt/Documents/tendencias_marcolegal_marketingdigial_web20.pdf

le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado”³⁷⁵.

- **Ley 34 de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSICE)**. Es objeto de la presente Ley “*la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información*”.³⁷⁶

- **La Ley Orgánica 15 de 1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)**, que garantiza el poder de control del titular sobre sus datos personales, es decir, un poder de disposición sobre sus datos en razón a la utilización de información de terceros que exige el consentimiento del usuario bien sea expreso, tácito o implícito. Es una de las más importantes y donde han surgido más problemas en muchos casos por desconocimiento y por el tratamiento de los datos personales de los consumidores. Se consideran datos personales³⁷⁷ los que están asociados a una persona o permiten hacerlo, tales como el DNI, datos médicos, académicos, de correo electrónico o móvil. El propósito es que cada individuo en todo momento conozca y pueda controlar: dónde están sus datos, a qué tratamiento están sujetos, quien responde del tratamiento, finalidad, destinatario de los datos, cómo ejercer los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), cómo impedir o poner fin al tratamiento y uso de los mismos. La LOPD constituye el soporte fundamental del principio de Protección de datos de carácter personal.

³⁷⁵ MASSAGUER José., *Las Prácticas agresivas como acto de competencia desleal.*, Actualidad Jurídica Uría – Menéndez. Artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE. Madrid 2010.

³⁷⁶ *Ley 34 de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico*. Artículo 1.

³⁷⁷ *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal*. Artículo 3.a). Datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

La Ley 3 de 1991 de Competencia Desleal (LCD), modificada en algunos aspectos por la Ley 29 de 2009, que establece el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, establece la prohibición de actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita y será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no. Las técnicas de publicidad comportamental permiten a los anunciantes, principalmente a los proveedores de publicidad, rastrear las acciones de las personas que navegan por Internet y utilizarlos para enviar publicidad a la medida, lo cual es preocupante si se considera que es muy dudoso que las personas corrientes sean conscientes de estar siendo controladas para recibir publicidad intencionada.³⁷⁸

El desarrollo de una economía de mercado no sólo requiere de una competencia efectiva, sino que es necesario que las actividades comerciales se desarrollen dentro de los parámetros de la honestidad. Los contratos de comercio no solo obligan a cumplir lo pactado sino también a observar un comportamiento básico al que los contratantes deben ajustarse y es la buena fe. Así mismo, se establecen unos principios análogos para el comportamiento en los mercados y para las relaciones entre competidores y son los principios de competencia leal fijados históricamente desde el Convenio de la Unión de Paris³⁷⁹ y actualmente con la Ley de Competencia Desleal (LCD) de 1991 con las

³⁷⁸ FEMEVAL: *Tendencia y marco legal en el marketing digital y web. 2.0*. Equipo marzo. Auditores y abogados nuevas tecnologías. Disponible en:

www.femeval.es/departamentos/innovacioncoop/nntt/Documents/tendencias_marcolegal_marketingdigital_web20.pdf

³⁷⁹ El Convenio de la Unión de Paris (CUP) de 20 de marzo de 1983 establece en su art. 10 bis que “constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”. Regulación que aun siendo de Derecho interno, no es aplicable a los conflictos que por materia de competencia desleal pudieran suscitarse entre empresarios españoles. La aplicación del CUP aplica a conflictos en los que sea parte un extranjero; pero a estos conflictos también es aplicable la LCD que es mucho más minuciosa. En: DIEZ ESTELLA Fernández. *La Competencia desleal y la publicidad*. Disponible en: www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tiema_12.pdf

modificaciones introducidas por Ley 29/09)³⁸⁰, que buscan proteger el derecho legítimo de las empresas a que los demás competidores se comporten de manera leal, La LCD., garantiza el acceso a la jurisdicción Civil en procura de indemnización por los daños y perjuicios que pueda ocasionar un competidor desleal. Ya que la finalidad de la LCD (art. 1) es *“la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin se establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”*, se destaca, por lo tanto, lo que en las sociedades desarrolladas se impone como “modelo social” ordenador de las relaciones de mercado que tutela tanto los intereses de los competidores como de los consumidores y el interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado.

La LCD representa un meritorio esfuerzo de estructura de esta difusa disciplina y aunque no se dictó en virtud de ninguna Directiva Comunitaria, la redacción otorgada por la Ley 29 de 2009, si recoge la normativa europea en esta materia. La LCD se aplica a cualesquiera empresarios, profesionales y toda persona física o jurídica que participe en el mercado (art.3). Se aplica por lo tanto, no solo a empresas sino también a profesionales liberales, agricultores, etc., El art. 3.2 prevé que la LCD será aplicable aunque no exista una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de competencia desleal. Así por ejemplo: si una empresa comercializa un producto que es imitación de otro producto de la competencia; los consumidores que son perjudicados por ese acto de competencia desleal (y no solo la empresa competidora imitada) pueden perseguir judicialmente ese acto.

La Ley ha tipificado específicamente los principales actos de competencia desleal como: actos de confusión, engaño, agresivos, denigración, competencia, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, entrega de regalos, inducción a la

³⁸⁰ BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. (BOE Núm. 315 Sec. I P 112039) 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.

ruptura contractual, violación de normas, discriminación y venta con pérdidas. Las conductas reguladas se han sistematizado como:³⁸¹

1- Actos que implican el *aprovechamiento indebido de un competidor*. Existe normativa específica de marcas, patentes, diseño industrial, que protege determinados signos, inventos o procedimientos del empresario, siempre que se inscriban en un registro público. Sin embargo, esta protección puede no ser suficiente y es frecuente que un competidor se aproveche irregularmente de los éxitos ajenos; estos aprovechamientos considerados indebidos pueden constituir competencia desleal, si se constituyen en actos de confusión, engaño, imitación o explotación de la reputación ajena. Los actos de **confusión** se definen en el art. 6 de la LCD y hace referencia a casos de imitación de insignias, uniformes, folletos, carteles, embalajes, slogan de un competidor y solo basta con crear el riesgo de que los consumidores asocien el producto original con la imitación. Los actos de **engaño** por inducir a error al consumidor, se definen en el art. 5 de la LCD muy ligado con la Ley General de Publicidad (LGP) que sanciona como ilícita la publicidad engañosa, es decir, aquella que induce a error a los consumidores. Las **omisiones engañosas** se establecen en el art. 7 y considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal la información que se ofrece y que resulta ser poco clara, ininteligible, ambigua, que no se ofrece en el momento adecuado, o no permite conocer el propósito comercial de esa práctica o que no resulte evidente por el contexto. También se establece en el art. 8 como competencia desleal las prácticas agresivas, entendiendo por tales todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente afecte o pueda afectar su comportamiento económico. **Los actos de imitación**, se describen en el art. 11, pero se advierte que la imitación de prestaciones e

³⁸¹ DIEZ ESTELLA Fernando. *La Competencia desleal y la publicidad*. Disponible en: www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_12.pdf POR EJEMPLO ESTA CITA NO SERÍA SUFICIENTE

iniciativas ajenas es libre y no constituye un comportamiento incorrecto. Sin embargo los actos de imitación son considerados desleales cuando atentan contra los derechos en exclusiva otorgados por una ley. Ejemplo: patentes; cuando generan riesgo de confusión en los consumidores, cuando se aprovecha indebidamente el esfuerzo ajeno o cuando constituye competencia parasitaria (art. 11.3 LCD)

2- Información falsa sobre el competidor. Comprende los actos de denigración que menoscaben el crédito de un tercero en el mercado, a no ser que sean exactos, verdaderos y pertinentes (art.9), los actos de comparación, salvo que sean comprobables, referidos a aspectos análogos y relevantes y no sean engañosos o denigrantes (art. 10). La Ley 29/09 prevé el supuesto de cuando la comparación se hace por medio de publicidad –que es lo normal- pues también incluye la publicidad comparativa referido en el art. 6 bis de la LGP indicando cuando la publicidad comparativa es desleal.

3- Dependencia económica. La explotación, por una empresa con mayor potencia económica, de la situación de dependencia económica de sus clientes (compradores) o proveedores (vendedores) que no dispongan de alternativa a una actividad también puede dar lugar a competencia desleal. Por ejemplo: una empresa que suministra repuestos para automotores, que sólo vende a un gran fabricante (Art. 16.2 de LCD) La ley también reputa desleal la ruptura de relaciones comerciales, sin previo escrito con seis meses de anticipación, salvo que haya incumplimiento grave o medie fuerza mayor (art. 16.3 a) de la LCD), e incluso la mera amenaza de ruptura de relaciones para obtener condiciones más ventajosas (art. 16.3 b)-

4- Operaciones Irregulares. (Art. 17.1) En esta categoría se incluye el dumping o venta a pérdidas, la discriminación de un consumidor y la entrega de obsequios que pongan al consumidor en el compromiso de contratar la obligación principal. Para que las ventas a pérdida sean desleales se requiere que sean parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor; que pretendan desacreditar un establecimiento ajeno; que sea susceptible de poder confundir a los consumidores acerca del nivel de precio existente en el establecimiento.

5- ***Divulgación o explotación de secretos empresariales.*** (art. 13) La invención empresarial obtiene protección judicial a través de la patente. Los inventos no patentados son –en principio- de dominio público. La LCD sanciona el espionaje industrial.

6- ***La violación de la normativa legal,*** siempre que otorgue al competidor una ventaja significativa, constituye competencia desleal (art. 15 LCD) por ejemplo: el competidor que no cumple con la normativa laboral o de Seguridad social para obtener unos costes de producción más bajos. También es desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales contraídos con los competidores.(art. 14)

7- ***Prácticas comerciales con consumidores o usuarios.*** La Ley 29/09 o LCD (Cap. III Arts. 19 a 31) establece una distinción de ilícitos desleales entre otros por ejemplo: las prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas (art. 22), las prácticas de venta piramidal (art. 24), las prácticas comerciales encubiertas (art. 26), las prácticas agresivas por coacción (art. 28), las prácticas agresivas por acoso (art. 29), las prácticas agresivas en relación con los menores (art. 30)

Una de las novedades que la Ley 29/09 introduce en la regulación de la deslealtad es la relativa a los Códigos de Conducta (Cap. V, arts. 37 a 39) reflejo del movimiento de autorregulación con gran fuerza en diferentes ámbitos del moderno Derecho mercantil. En efecto, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando la participación de las organizaciones de defensa del consumidor se ha establecido que las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar, para que sean asumidos voluntariamente por empresarios o profesionales, Códigos de Conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores. En relación con los actos de engaño (art. 5 LCD) se considera que cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un Código de Conducta, el incumplimiento de los compromisos adquiridos en dicho código se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su

contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.³⁸²

- **Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. (LPI).** “*La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*”.³⁸³

- **Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.** A efectos de esta norma, “*son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”.³⁸⁴

Las implicaciones jurídicas en el entorno del e-marketing nos remiten a considerar de acuerdo con Escobar Mora³⁸⁵ que las nuevas TIC’s manifiestan su incidencia en el marketing digital principalmente en dos modelos de Gestión. En un primer modelo tienen un *sentido instrumental* conforme al cual sirven como un medio transaccional pero no son un fin en sí mismo. Ej. Una página web cuyo objeto sea la promoción de ventas de vehículos automotores. En éste caso la plataforma tecnológica sirve de medio para poner en

³⁸² DIEZ ESTELLA Fernández. *La Competencia desleal y la publicidad*. Disponible en:

www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_12.pdf

³⁸³ *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*. Artículo 2.

³⁸⁴ *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*. Artículo 3.

³⁸⁵ ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *op. cit.*

contacto al vendedor con el potencial comprador, pero la operación de entrega se deberá realizar en un escenario físico dada la naturaleza del bien objeto de la compraventa. En un segundo modelo de Gestión las TIC's tienen un *sentido finalista* con base en la cual brindan una interface de interacción plena entre los sujetos y objetos involucrados en una relación comunicativa. Ej. iTunes es autosuficiente -finalista- pues tanto la plataforma como sus productos son naturalmente digitales e involucran de manera integral todo el proceso comunicativo entre las partes. Incluso creando aplicaciones comunicativas a la medida de los usuarios dando paso a una innovación en la dinámica de un modelo de gestión determinado o generando un nuevo modelo. Este segundo modelo de gestión dirige la cuestión a replantear las nociones tradicionales de la cadena de producción, la acción estatal y la interacción social con las nuevas tecnologías dentro de los límites de la responsabilidad social. Esta teoría permite que, en correlación con las normativas de carácter general y abstracto expedidas por los organismos estatales-judiciales sean los actos de las partes los generadores de efectos jurídicos, es decir, los efectos jurídicos no solo provienen de una norma oficial sino también del ejercicio de la autonomía de la voluntad de quienes intervienen en una relación humana y dichos efectos jurídicos se producen tanto por la aplicación de reglas como por la aplicación de principios jurídicos, aspecto de suma importancia en el mercado jurídico de los mercados digitales. Este enfoque tiene como propósito reducir la brecha digital en cuanto a la forma en que debe aplicarse la teoría del derecho material en los mercados de los contenidos digitales fundamentado en el concepto de la Neutralidad de la Red, es decir, la facultad restringida al interés general y a la no incursión en un abuso del derecho que poseen las partes para controlar o permitir un determinado nivel de libertad de tráfico de datos en las redes de los mercados digitales como un desarrollo de la autonomía de la voluntad privada.³⁸⁶

El ordenamiento jurídico español con el fin de permitir y facilitar el tráfico mercantil en Internet regula lo relativo a la contratación electrónica referida a todo acto realizado por medio de redes telemáticas mediante el que se establezcan de forma volitiva obligaciones exigibles. Así entonces, la Ley en España asegura la validez y eficacia de los

³⁸⁶ ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *El Principio de Neutralidad de la Red en material de derechos de autor en la Internet*. JURIDIA S.A.S, Bogotá. Colombia. 2012

contratos que se celebren mediante el marketing interactivo aunque no consten en soporte papel. Se equipara la forma electrónica a la forma escrita y se refuerza la eficacia de los documentos electrónicos como prueba ante los Tribunales, resultando también éstos admisibles en juicio como prueba documental.³⁸⁷

En este escenario la ciencia jurídica ha convenido unos principios particulares para que el derecho no afecte su claridad, trayectoria, aplicación y efectividad en relación a los modelos de gestión finalista de las nuevas tecnologías. Los principios establecen el cauce por el que ha de desenvolverse el ejercicio de una actividad como el marketing digital y la publicidad que constituyen los criterios para el enjuiciamiento sobre su licitud. La imposición de criterios jurídicos a la publicidad se fundamenta en el reconocimiento de su potencialidad para causar un peligro social cuando traspasa los límites que establece la regulación. Entre estos principios se destacan los relacionados con la contratación electrónica, entre otros: principio de Internacionalidad, Primacía de la autonomía de la voluntad, la Equivalencia funcional, Principio de Neutralidad tecnológica, Principio de Prevalencia del derecho sustantivo preexistente y Principio de Neutralidad de la Red. Es decir, principios que rigen la validez jurídica y probatoria de las comunicaciones digitales o los mensajes de datos que constituye su más elemental herramienta.

Así mismo, al adentrarse en el marketing interactivo y la normativa aplicable a la publicidad relacionada con consumo, se establece la aplicación de principios rectores de las comunicaciones comerciales electrónicas o mensajes de datos comerciales por internet como: principio de identificación o autenticidad, principio de veracidad, principio de respeto a leal y libre competencia, principio de legalidad, información pertinente, de buen uso de la tecnología, respecto a la dignidad de las personas, a los valores y derechos constitucionales, principio de transparencia y especialmente el principio de protección de datos de carácter personal, la propiedad intelectual e industrial, entre otros.³⁸⁸

³⁸⁷ FERNÁNDEZ, Bargueño Pablo. *La contratación electrónica en el ordenamiento jurídico español*. Blog de Derecho. 2010

³⁸⁸ SÁNCHEZ DEL CASTILLO Vilma., *La publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las Comunicaciones Electrónicas*. Ed. La Ley. Colección Biblioteca de derecho de los negocios. 2007.,pp. 226 y ss.

CAPITULO VI.

ESTRATEGIAS Y HERRAMIENTAS DEL MARKETUNG DIGITAL.

Generalidades

6.1 Marketing Viral o buzz marketing.

6.2 Email marketing E-mailing.

6.2.1 Implicaciones jurídicas del *Spam*.

6.2.2 Las Cookies publicitarias.

6.2.3 Aplicación de sanciones por la AEPD en caso de control regulatorio sobre utilización de Cookies.

6.3 Las redes de afiliados (Marketing de Afiliación)

6.4 Marketing de buscadores. Posicionamiento web

6.4.1 Responsabilidad jurídica de los buscadores de Internet.

6.5 Configuradores y verificadores electrónicos de productos.

6.6 Segmentación de mercados

6.6.1 Personalización y marketing Digital.

6.6.2 La Fidelización.

6.6.3 Personalizar para fidelizar.

6.7 Social Media Marketing. (SMM)

6.7.1 Las Redes Sociales.

6.7.1.1 Tipología de las Redes Sociales.

6.7.2 Comunidades *online*.

6.8 Blogs corporativos (*Corporate blogging*)

6.8.1 Los *microblogs*

6.8.2 Los *Widgets*.

6.8.3 *Minisites* promocionales.

6.8.4 Mobile-Apps.

6.9 Cupones electrónicos: *e-coupons* y *m-coupons*.

6.10 Determinación de perfiles de navegación: VRM y CRM.

6.11 e- encuestas.

6.12 Temporización digital de precios.

VI. ESTRATEGIAS Y HERRAMIENTAS DEL MARKETING DIGITAL

Generalidades

La revolución digital ha modificado la forma de comunicación del público, obligando a evolucionar a los medios de comunicación tradicionales y forzando a las marcas a entender un nuevo entorno en relación con el público. Actualmente se hace referencia a medios digitales y no digitales. El marketing digital no es ajeno a este cambio pues surge como consecuencia de la expansión de Internet y supone una evolución de la publicidad digital que permite enriquecer los contenidos que los anunciantes presentaban de manera plana o estática. El e-marketing ofrece contenidos dinámicos, personalizados y, en ocasiones interactivos a través de la tecnología IP (Internet Protocol). Se le ha denominado por el término genérico “cuarta pantalla” refiriéndose al marketing digital como complemento perfecto de la televisión, el ordenador y los dispositivos móviles.³⁸⁹

El e-marketing es una herramienta propia de las economías de mercado y su éxito comienza con el proceso continuo de conversión de clientes potenciales en clientes leales, fidelizados y satisfechos que utilizan Internet como canal de comunicación, ventas y/o distribución, el propósito es comercializar productos y servicios que satisfagan las necesidades de los clientes y que a través de campañas *online* se consiga atraer a clientes potenciales hacia las páginas webs corporativas, tiendas *online*, portales generales etc. El marketing digital ofrece un conjunto de estrategias, herramientas, técnicas y operaciones que coordinadas a través de Internet buscan aumentar las ventas de un producto o servicio.

Las nuevas tecnologías y especialmente las potencialidades de la Red se han consolidado como un complemento ideal para el desarrollo de las actividades del marketing digital que engloba los avisos en páginas Web, los envíos de correos masivos o *e-mailing*,

³⁸⁹ Libro blanco vol. 13. *Digital Signage: La cuarta pantalla*. sobre marketing digital dinámico elaborado por la Comisión de Digital Signage de IAB Spain, formada por las empresas Introl, Neo Advertising, Nielsen *Online*, Publimedia Gestión, Truemedial y Vivocom. 2011. Disponible en: <http://www.iabspain.net>.

el marketing en buscadores, la utilización de redes sociales y el marketing de bitácoras (blogs) entre otros, sin embargo, no solo por cargar una página Web en Internet y ofrecer un buen producto o servicio se incrementará el número de clientes; es éste el error en que incurren el 90%³⁹⁰ de los negocios. Es fundamental establecer la estrategia de e-marketing adecuada, operar con diferentes técnicas que generen el tráfico en la Web, captar potenciales clientes y agilizar una efectiva comunicación con ellos aportándoles la respuesta o solución a sus necesidades.

Con base en lo anterior, y para efectos de clasificación, Cuesta F y Alonso M³⁹¹ consideran como relevantes diez áreas dentro de las actividades de marketing digital: alrededor de las cuales se identificarán las estrategias y las herramientas apropiadas para cada evento de comercio.

1. Investigación de mercados: En esta área se hace referencia a todas las herramientas destinadas a conocer mejor el mercado en el que se compite y los *targets* en los que hay que centrarse para obtener *leads* que puedan convertirse fácilmente en clientes. Ejemplo de herramienta de marketing digital en esta área son las encuestas electrónicas y los *online focus groups*.

2. Marca: Hace referencia a todas las acciones destinadas a mejorar nuestro *awareness* (reconocimiento de marca) entre el público de interés. Algunas de las mejores herramientas electrónicas para mejorar el *top of mind* (posicionamiento) y la *share of voice* (SOV o participación de voz), son por ejemplo los *blogs* corporativos y el *direct search engine marketing*.

3. Producto: Acciones orientadas a un producto o a una línea de ellos. Se hacen usos de herramientas como configuradores y verificadores digitales de productos o la prueba del producto en línea (*online product testing*).

³⁹⁰ GARCÍA ARCONES, María. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Departamento de Informática. Universidad Carlos III de Madrid.2010

³⁹¹ CUESTA Félix y ALONSO Manuel A., *Marketing directo 2.0, cómo vender más en un entorno digital.*, Ed. Gestión 2000., Barcelona 2010., pp. 41 y ss.

4. Precio: Esta área engloba las acciones relacionadas con la variable precio para mejorar el *marketing mix*. El mundo digital ofrece en esta área importantes aportaciones como la temporización digital de precios o las subastas electrónicas (*e-auctions*).

5. Comunicación: Esta área y las de promoción y publicidad se integran en el modelo de las 4P's; sin embargo, en la práctica conviene tratar separadamente las acciones de comunicación en las que no se paga por aparecer en un soporte ajeno (publicidad) ni se incentiva la compra de una forma directa (promoción). Las comunidades virtuales y el marketing por RSS (Sistemas de Sindicación de Contenidos), son un ejemplo aclaratorio desde el punto de vista electrónico.

6. Promoción: El punto de venta es uno de los escenarios marketinianos en los que la revolución digital se ha dejado notar más quizá por estar desligado de una forma prácticamente total de Internet al igual que las otras formas de promoción electrónica como los cupones digitales o *e-merchandising*.

7. Publicidad: La publicidad *online* es información comercial y divulgativa expresada con creatividad acerca de un producto o servicio en la red. Como ejemplo se puede citar el *avatar marketing* o la publicidad contextual.

8. Distribución. Al igual que, el precio y el producto, en esta área la correspondencia entre teoría y práctica es clara y directa. Ejemplos de herramientas digitales de *trade marketing* son los infomediarios o el marketing de afiliación.

9. Comercialización. Sin duda alguna, el fin último del marketing es la venta, por lo que en la práctica se debe disponer de un área que agrupa todas las herramientas destinadas a hacerla más rentable y productiva, lo que desde el canal electrónico consiguen sin ir más lejos los *marketplaces* y los portales de *e-commerce*.

10. Control. Es necesario medir la efectividad de las herramientas del marketing digital para mejorar tanto en su selección como en su forma de uso (estrategia). El *Customer Relationship Management (CRM)* que se basa en conocer al cliente lo máximo posible e identificarlo para producir lo que quiere comprar y los *Gross Rating Point (GRP)*, que corresponde a la métrica por excelencia utilizada para medir el impacto de los *spots* (es publicidad comercial de pocos segundos) determinando a cuanta parte del *target* hemos alcanzado. El CRM y el GRP electrónicos constituyen excelentes herramientas de auditoría para el e-marketing.

La proliferación de herramientas digitales en el mercado de consumo, cambia y crece vertiginosamente, lo cual se traduce en la necesidad de investigar otras herramientas digitales que puedan resultar más apropiadas a los propósitos empresariales. Sin embargo, puede ocurrir que el fax y el correo de voz que se basan en tecnología digital y de uso común por un gran segmento de la población y así mismo los quioscos interactivos cada vez más populares en centros comerciales, el uso de tarjetas de crédito, las tarjetas de pago directo que son una parte tan integral de la vida diaria evidencia que somos consumidores digitales cuando hacemos uso de estas herramientas.

Según Bishop Bill³⁹², el principio general es usar herramientas digitales, aunque no se usen computadores ni se naveguen en la Web, ejemplo de ello es el uso del teléfono como un dispositivo digital es una herramienta muy poderosa debido a su uso tan generalizado. Este dispositivo digital permite establecer una cuenta telefónica interactiva para responder, preguntar usando las teclas del aparato. La información así obtenida pueda ingresarse a una base de datos y usarla para fines promocionales. De igual forma comporta el uso del correo electrónico para comunicarse mejor con los clientes. Es así como varias compañías de computadoras y de teléfonos introducen al mercado teléfonos que combinan correo de voz, correo electrónico y navegador web que permiten enviar y recibir mensajes de correo electrónico, aunque el cliente no sepa usar una computadora.

Los teléfonos han evolucionado desde terminales simples a terminales con una gran capacidad de procesamiento que integran numerosos recursos gracias a su conexión a Internet, por ejemplo, los smartphones. Se dispone actualmente de diversas plataformas que lideran el mercado: iOS (Apple), Android (Google), Blackberry (RIM), Windows Phone (Microsoft).

Las herramientas del e-marketing son tan buenas como el usuario operador y aunque hay muchos programas que de manera eficaz automatizan algunas actividades de marketing es necesario no perder de vista los fundamentos básicos más importantes que

³⁹² BISCHOP Bill., *Marketing estratégico para la era digital.*, Ed. Continental., México 2000., p. 17

favorecen, diferencian y optimizan esta actividad como por ejemplo el factor y la calidad de *ser humano* que ofrece una clara ventaja sobre un programa automatizado. Ser humano significa que se es totalmente único en la manera de comunicar, escribir, contar una historia etc., y como bien se sabe, Internet tiene que ver con la comunicación de información de una manera única, por lo que es ésta su mayor fortaleza a ser utilizada.

El marketing digital dispone de un amplio número de herramientas y no todas son adecuadas para todos los sectores y compañías. La base del éxito consiste en la combinación de las herramientas tradicionales con las nuevas *online* desarrollando un plan de e-marketing ajustado a las necesidades y características concretas de la empresa. Muchas de las herramientas utilizadas en e-marketing hacen referencia a la publicidad digital, sin existen herramientas que responden a las necesidades del proceso integral de mercadeo las cuales deben ser utilizadas para el desarrollo de las estrategias de marketing digital. No obstante, al abarcar las herramientas que dan beneficios directos al mercadeo digital no solo se debe hacer mención a aquellas que otorgan beneficios de tipo publicitario, sino que de forma más amplia se debe hacer referencia a las herramientas digitales que cubren las necesidades del proceso integral de mercadeo.

Para desarrollar una estrategia e-marketing se deben considerar las diez áreas relacionadas anteriormente, alrededor de las cuales se estructuran las acciones asociadas al Plan de Mercadeo Digital que permiten desarrollar de forma eficaz la estrategia *Blended Marketing*³⁹³. Áreas que corresponden a: Investigación de mercados (*Marketing e-Research*), Marca (*e-Branding*), Producto (*Product E-Marketing*), Precio (*e-Pricing*), Comunicación (*e-Communication*), Promoción (*e-Promotions*), Publicidad (*e-Advertising*), Distribución (*e-Trademarketing*), Comercialización (*e-Commerce*), Control (*marketing e-Audit*).

³⁹³ Muchas empresas de publicidad ofrecen estrategias de notoriedad que combinan acciones *online* con otras más tradicionales. Esta suma de acciones dota a la campaña de originalidad y peso específico frente a los competidores. Combinar estas acciones de marketing On y Offline se le denomina *Blended Marketing*, un mix originado por una mezcla de formatos complementarios, cuyo objetivo es aumentar la rentabilidad. Disponible en: <http://www.asenterprises.es/news/4/blendedmarketing.php>, (última consulta, 15 de diciembre de 2011).

Cada herramientas de marketing digital posee características relevantes: para *e-research* encontramos las e-encuestas y los *online focus groups*; cabe destacar que no solo estas son de total eficacia para conocer los diversos aspecto que motivan la compra del cliente, de forma paralela encontramos las herramientas *Visitor Relationship Management* (VRM) herramientas contenidas dentro de Google analitys, esta nos permite determinar (en el caso de Google analitys) los lugares donde los clientes hacen click. En relación al *e-branding* o a la gestión de imagen de marca el área digital ofrece dos herramientas que sin duda mejoran el reconocimiento de marca o *awareness*; estas son los Blogs corporativos y el *direct search engine* marketing, ambas herramientas permiten transmitir emociones y experiencias.

6.1 Marketing viral o buzz marketing.

También llamado marketing *boca a boca* electrónico corresponde a una estrategia que incentiva que los individuos trasmitan rápidamente un mensaje comercial a otros buscando crear un crecimiento exponencial en la exposición de dicho mensaje, es decir, se trata de comunicación comercial que se propaga por sí misma. Constituye una herramienta de comunicación en Internet que permite la difusión de un mensaje, partiendo de un pequeño núcleo emisor que se multiplica por la colaboración de los receptores en su transmisión y difusión, generando un efecto piramidal con crecimiento geométrico. Con el marketing viral las campañas de publicidad se propagan como un virus a través de la red y al ser los usuarios quienes comparten y transmiten el mensaje publicitario los costes asociados a esta estrategia son considerablemente bajos o nulos.

El término fue creado en 1977 por Steve Jurvertson cuando definió el éxito publicitario de Hotmail al conseguir doce millones de clientes en tan solo 18 meses. Es ejemplo clásico de marketing viral, el de hotmail.com, uno de los primeros servicios de e-mail gratuitos basados en Web con el que Microsoft consiguió una difusión multimillonaria gracias a que los mensajes que cada nuevo usuario enviaba a su círculo de contactos

incluían estas simples palabras: “*Obtenga gratis su correo privado en www.hotmail.com*”³⁹⁴

Toda campaña de marketing viral en la red debe ser factible de ser compartida o transmitida de un usuario a otro. La facilidad que tengan los usuarios de pasar un mensaje a otros influirá directamente en el alcance y propagación de la campaña. Así, si se publica un artículo muy interesante en un blog se debe permitir que con solo oprimir una tecla el lector pueda reenviarlo a un amigo; o si se publica un video se debe procurar que éste se pueda descargar en un formato compatible con la mayoría de los usuarios y que adicionalmente pueda ser reenviado con facilidad a otros usuarios; si se carga una imagen; que ésta pueda ser descargada y reenviada con facilidad; si se crea una aplicación; que pueda instalarse en cualquier sistema operativo; si se trata de un documento; que se pueda agregar a las redes sociales o a los marcadores sociales más importantes de la red. Otro factor muy importante en el éxito de una campaña es que el dominio de la Web a publicar de forma viral sea de fácil recordación por el usuario al momento de ser recomendada a otros.

Entre las ventajas de esta herramienta de e-marketing se puede mencionar que una vez activada no requiere demasiado esfuerzo ya que el mensaje se trasmite por la acción de los propios usuarios; lo fundamental es encontrar el atractivo clave que impulse a la difusión multiplicadora. Así mismo, ofrece una rápida promoción de marca; un volumen pequeño de inversión; una tasa de respuesta muy elevada; genera una utilización de redes sociales preexistentes; ofrece gran eficacia e interactividad del consumidor. Como desventajas se pueden mencionar: la posibilidad de pérdida del mensaje como también la interceptación del archivo por el antivirus impidiendo la recepción del mensaje; posible boicot del público ante un contenido que presupone no mercantil o la facilidad del usuario para deformar el mensaje.

Esta interesante estrategia de marketing requiere de herramientas como *la creatividad* e igualmente de métodos que aplicados con lógica permiten que los contenidos

³⁹⁴ MUÑIZ GONZÁLEZ, Rafael. *Marketing en el siglo XXI. Marketing operativo en la red*. 3ª edición. Cap. 13. Disponible en: <http://www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm>.2010

de la Web sean cada vez más virales. Se utilizan con frecuencia *los test o la encuesta* que permiten medir conocimientos de forma competitiva. Los cuestionarios donde se demuestre el conocimiento sobre un tema resultan muy atractivos a los usuarios. Si un usuario obtiene un buen ranking en el test, se sentirá motivado y lo reenviará a otro amigo para que lo responda. Igual atractivo ofrecen los *listados de ranking* con títulos como: “Los 10 mejores...”; “Las veinte cosas que no puede dejar de...”; “Los 25 típicos errores de...”; etc., son los más leídos y propagados de la red. Son muchos los elementos que permiten generar los denominados *videos virales*, los que mejor funcionan son los humorísticos y cortos; la forma más frecuente de difundirlos es a través de portales de alojamiento y publicación de videos, por ser portales con miles de visitas diarias. En muchas ocasiones publicados por las cadenas de televisión, donde se multiplica su efecto viral. Igual comportamiento ofrece los *juegos online* de una popularidad significativa en los últimos años. Cada vez más, se pueden programar juegos complejos sin necesidad de aumentar el peso de los archivos que los componen para que su descarga y jugabilidad sean lo más cómodas posibles.³⁹⁵

Como métodos de transmisión, por despertar el interés de un grupo de consumidores que contribuyen a amplificar las difusiones del mensaje se pueden mencionar: *la página Web* ya que toda información que se le cargue se convierte en un *e-mail* que se envía a diversos receptores. Ej. Cuando desde un periódico *online* se envía un artículo. El *e-mail* es la forma más común de reenviar imágenes, chistes, juegos, presentaciones de Power Point.

La Web 2.0 ha sido fundamental en el desarrollo del marketing viral. Las páginas Web en las que se comparten videos como www.youtube.com, permiten ver una campaña en cualquier lugar y en cualquier momento, y los *blogs* y las redes sociales tipo Facebook o Twitter se han constituido como difusores excelentes masivos. Esta tecnología permite no solo compartir el contenido de una Web, sino también ser construido por los mismos navegantes, como ocurre con Wikipedia, la primera enciclopedia en Internet donde los contenidos son aportados por los usuarios o los conocidos *blogs* donde los usuarios

³⁹⁵ GARCÍA ARCONES, María. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Departamento de Informática. Universidad Carlos III de Madrid. 2010.

incorporan tanto textos como videos o *links*, suponen un gran avance en cuanto a difusión de información. El término Web 2.0 fue acuñado por O'Reilly Media en 2004 para referirse a una segunda generación de Web basada en comunidades de usuarios y una gama especial de servicios, como las redes sociales, los *blogs*, o los *wikis* que fomentan la colaboración y el intercambio ágil de información entre usuarios.³⁹⁶

Otro método de transmisión para el marketing viral lo constituyen los *programas de mensajería* tales como MSN, ICQ, Yahoo o Google IM siendo las formas de transmisión más rápidas que existen. A través de *links* o de archivos adjuntos se intercambian millones de contenidos al día en todo el mundo. Así mismo, algunas empresas ofrecen regalos y bonificaciones por usuarios referidos o por recomendar amigos como clientes modalidad conocida como: *bonificación por recomendación*.

Concluyendo, toda campaña de marketing viral requiere de requisitos básicos como: un concepto, producto, servicio o idea creativa y original con suficiente capacidad de “engancha” a las personas a las que va dirigido, ser de sencilla transmisión, es decir, de rápida difusión y con muy poco esfuerzo, tener capacidad de ser escalable y contar con los recursos e infraestructura necesarios para soportar un crecimiento exponencial, centrada en las motivaciones y comportamiento humano, utilización de las redes sociales para la difusión del mensaje ya que las personas tienen en promedio un grupo de 20 conocidos sobre los que ejercen algún tipo de influencia.

Es frecuente hacer referencia a publicidad viral en lugar de marketing viral, se debe precisar que marketing es un proceso de gestión que implica la elaboración de un plan estratégico que se concreta al definir las políticas sobre el producto, el precio, la distribución y la comunicación. Se habla de marketing viral en casos de campañas que

³⁹⁶MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael. *Marketing en el siglo XXI. Marketing operativo en la red*. 3ª edición. Capítulo 13. Disponible en: <http://www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm>. 2010

siguen todo este proceso. El término publicidad viral está referido a aquellos casos en que la viralidad solo se contempla en la política de comunicación del anunciante y que consiste en la creación de mensajes o materiales publicitarios contagiosos que pasan de iguales a iguales, incrementando el contenido de la marca. Por lo tanto, la publicidad viral puede formar parte o no de una estrategia viral que persiga objetivos más allá de la comunicación, así entonces, la publicidad sería al marketing viral, lo que la publicidad al marketing: una variable dentro de una estrategia.³⁹⁷

Frente a las primeras campañas de marketing viral en los Estados Unidos se manifestaron colectivos inconformes al considerar que este tipo de acciones se encuentran muy cercanas a la publicidad encubierta, motivo por el cual la *Association Interactive Advertising Bureau* ha conminado a las empresas a ejercer cierto control con el objeto de impedir el abuso de las técnicas de publicidad viral.³⁹⁸

En España, no parece discutible el encaje de la actividad de marketing viral dentro del concepto legal de actividad publicitaria definido en la Ley General de Publicidad. Dicha Ley califica en su artículo 2 como publicidad “*toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*” la publicidad es decididamente, una forma de comunicación referida a la producción comercial de bienes o servicios, dirigida a un público genérico y guiada con el propósito de promover el consumo de dichos bienes o servicios. Sin embargo, el artículo 3 determina el carácter ilícito de la publicidad que pueda considerarse engañosa (apartado b) o subliminal (apartado d), y estas dos dimensiones pueden apreciarse como un riesgo para la publicidad viral.³⁹⁹

³⁹⁷ SIVERA BELLO Silvia., *Marketing viral*. Ed. UOC. Barcelona 2008., pp. 56 y ss.

³⁹⁸ SIVERA BELLO Silvia., *Marketing viral*, *op. cit.*

³⁹⁹ AZNAR AUZMENDI José María., *Marketing viral y publicidad engañosa en internet (I)*. 2009. Disponible en: www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/nuevas-tecnologias/articulos/marketing-viral-y-publicidad-enganosa-en-internet-i.

Para el desarrollo de estas actividades conviene recordar lo que la ley dispone, es así como la Ley General de Publicidad en lo relativo a publicidad engañosa, publicidad desleal y publicidad agresiva (artículo 3e), remite a la Ley de Competencia Desleal que establece que, tendrán el carácter de actos de competencia desleal en las relaciones con consumidores y usuarios, *“aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios”*⁴⁰⁰.

La regulación hace mención a la responsabilidad de los medios y los anunciantes en los términos establecido en el artículo 9 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, al establecer *“los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios.”* Por lo tanto, la publicidad encubierta es una modalidad de publicidad engañosa por inducir a error a los consumidores, por la forma de presentación salvo que exista una relación contractual previa con el destinatario y la comunicación este referida a productos y servicios similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación.

Las campañas de marketing viral por e-mail persiguen propagar las comunicaciones electrónicas a través del correo electrónico, evitando las desventajas del impopular correo basura o *spam*. De este modo se pretende que sean los propios usuarios los que distribuyan las comunicaciones a personas de su círculo cercano, bien ofreciendo incentivos (sorteos, concursos) o bien en forma gratuita.

⁴⁰⁰ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Artículo 20: *prácticas engañosas por confusión para los consumidores.*

Otro aspecto a tener en cuenta en el desarrollo de estas prácticas⁴⁰¹ es lo relativo a que esta manera de expandir de forma rápida y directa la marca y el mensaje del anunciante a través de los propios usuarios puede generar situaciones que según la normativa y la interpretación de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) entraría en conflicto con una de las prácticas más habituales en este contexto, y que consiste en reenviar a los contactos del usuario el contenido del anunciante desde su propio servidor o desde el de un tercero contratado para estos efectos. El objetivo fundamental de este tipo de campañas es la captación de datos personales. Considerando que la dirección electrónica es un dato personal, dicho dato recabado de ésta forma estaría contraviniendo la legislación vigente en materia de protección de datos de conformidad con lo establecido artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) “*derecho de información en la recogida de datos*”, ya que al captar datos personales se debe informar de modo expreso, preciso e inequívoco:

- *De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*
- *Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*
- *De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*
- *De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*
- *De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.*

Así mismo se contraviene el artículo 6 de la misma norma⁴⁰², el cual requiere del consentimiento inequívoco del afectado por tratarse igualmente de datos de carácter

⁴⁰¹ Manuel Legal de Marketing. *Regulación de las acciones de marketing*, Riestra Abogados con la colaboración de la Asociación de Marketing de España., Madrid 2012, p. 21 y ss. Disponible en: <http://www.asociacionmkt.es/wp-content/uploads/ManualLegaldeMarketing2012.pdf>

⁴⁰² Ley Orgánica 15 de 1999, sobre Protección de Datos de Carácter Personal. *Artículo 6*. Consentimiento del afectado: 1. *El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.* 2. *No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles*

personal. Si el correo electrónico no se constituye como un dato personal (de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, la normativa no es aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de personas físicas que presten sus servicios en aquellas, consistentes únicamente en nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono, número de fax profesionales), o el objeto de la campaña no es la obtención de datos personales, la ley 34 de 2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), establece la prohibición de realizar comunicaciones comerciales a través de correo electrónico o sus equivalentes, si previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por el destinatario (artículo 20).⁴⁰³

Con base en la normativa legal expuesta y el estricto criterio interpretativo de la AEPD el anunciante tendrá que valorar los riesgos de las acciones virales, más aún si se considera que el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, considera como infracción grave y leve las siguientes:

Son *infracciones graves*: El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a destinatarios que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella, o el envío en el plazo de un año de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario cuando éste no hubiera solicitado o autorizado su remisión o se hubiera opuesto a ella.

Son *infracciones leves*: El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a los destinatarios que no

al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. 3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos. 4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable de fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.

⁴⁰³ *Manuel Legal de Marketing. Regulación de las acciones de marketing.*, Riestra Abogados con la colaboración de la Asociación de Marketing de España., Madrid 2012., p. 22 y ss. Disponible en: <http://www.asociacionmkt.es/wp-content/uploads/ManualLegaldeMarketing2012.pdf>.

hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella, cuando no constituya infracción grave.⁴⁰⁴

6.2. Email Marketing o *e-mailing*

Consiste en el uso de correo electrónico como estrategia de fidelización, es decir, se propone captar nuevos clientes y retener a los clientes ya adquiridos a través del envío de mensajes a cuentas de correo electrónico para mantener un diálogo continuo con el cliente a lo largo de toda la relación comercial y finalmente alimentar una determinada base de datos. El fundamento de esta estrategia se centra en que cada día se envían más de un billón de correos electrónicos, siendo uno de los servicios más utilizados en Internet ya que lo primero que hace el 83.7%⁴⁰⁵ de los internautas al conectarse es chequear su correo electrónico. Este comportamiento hace del *e-mail marketing* una herramienta eficaz, rápida y económica para realizar campañas publicitarias directamente a través de correo electrónico por constituir un medio idóneo para realizar cualquier tipo de acción de marketing *one to one*.

El *e-mailing* es el canal de e-marketing más potente y eficaz que ha existido hasta hoy y con múltiples ventajas como por ejemplo: es personal, permite que las empresas se puedan comunicar con su cliente directamente, es interactivo, al ser un canal multidireccional permite conocer la opinión de los clientes, es el servicio más utilizado de Internet; más del 80% del tiempo *online* se dedica al correo electrónico⁴⁰⁶; constituye una alternativa más económica y eficaz que el *mailing* postal tradicional evitando los costes derivados de la producción de papel o el envío postal, uso de sellos, sobres, imprenta como ocurre con el marketing directo tradicional y además permite un seguimiento en tiempo real de la efectividad de la acción. Así mismo, el receptor de cualquier comunicación vía *e-mail* debe haber autorizado y consentido el envío de mensajes (Marketing de permiso), lo contrario constituye una ilegalidad denunciante ante la Agencia Española de Protección de

⁴⁰⁴ Manuel Legal de Marketing. *Regulación de las acciones de marketing.*, op.cit. p. 23

⁴⁰⁵ ALONSO COTO Manuel A., *Herramientas de marketing digital en web 2.0.*, op. cit.

⁴⁰⁶ MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael. *Marketing operativo en la red*. Disponible en: www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm. 2010.

Datos (AEPD). El permiso o consentimiento de los suscriptores se obtiene de diferentes formas:⁴⁰⁷

Doble “Opt-in”: (autorización) se da cuando un usuario concede permiso expreso e inequívoco a una empresa para que utilice su correo electrónico con el fin de recibir la información solicitada, aunque no confirme la suscripción desde su propia cuenta de *e-mail*. El internauta otorga su consentimiento y lo reconfirma una segunda vez. El proceso consiste en el registro en el sitio Web, recepción de un e-mail de confirmación que debe contestar aceptando la incorporación. Posterior a esta gestión la inclusión se considera efectiva. **“Opt-in”: (notificado)** Sistema de registro por el cual el usuario se suscribe a una lista mediante el proceso de *opt-in* e inmediatamente recibe un mensaje dándole la opción para darse de baja del servicio en el que se acaba de suscribir. Si el usuario abre el mensaje con la opción de darse de baja, pero no la ejerce es un *opt-in* notificado. El propietario de los datos autoriza a ser incluido en la lista. **“Opt-out”:** Es un sistema de registro de usuarios en el que éste recibe notificación de su inserción en una lista a pesar de que no se ha suscrito voluntariamente con anterioridad, pero con instrucciones de cómo darse de baja. Dicho en otra forma, corresponde a listas donde se da por supuesto el permiso y es el destinatario quien debe proactivamente negar su consentimiento. También se denomina *Opt-out* a la acción de darse de baja de una lista.

En toda acción de e-mail marketing, es necesario contar entonces con el consentimiento expreso por parte del usuario. Al tratarse de un consentimiento expreso, es el propio usuario quien debe solicitar dicho envío. El usuario deberá disponer de la posibilidad de oponerse a cualquiera de estas finalidades comerciales, habilitando un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de facilitar los datos, como en cada una de las comunicaciones para posibilitar la baja. El artículo 20 de la LSSICE regula lo relacionado con la información exigida sobre las comunicaciones.

⁴⁰⁷ GARCÍA ARCONES María., *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Departamento de Informática. Universidad Carlos III de Madrid, junio 2010., pp. 38 y ss.

El e-mail marketing es factible de medición y evaluación, puesto que permite conocer de manera ágil, precisa y en tiempo real los resultados de una campaña; igualmente facilita incrementar las ratios de apertura, el número de *clicks* y fomentar la viralidad. Es fundamental por lo tanto disponer de una buena base de datos, actualizada y en lo posible segmentada por preferencias; para lo cual cobra importancia la organización de la lista de *e-mails* por grupos de edad, zona geográfica, idioma, tipo de producto que compran, etc. No todas las campañas resultan relevantes para toda lista; el resultado se traducirá en mayores porcentajes de apertura, menos devoluciones y bajas que gestionar.⁴⁰⁸

El *subject*⁴⁰⁹ o el asunto es factor fundamental para que el *e-mailing* sea abierto y visto por los receptores; los usuarios reciben muchos correos diariamente por lo que la finalidad es conseguir la apertura del mismo. El objetivo es evitar que sea eliminado antes de ser leído. Debe ser corto, no más de 30 o 40 caracteres o un máximo de siete u ocho palabras. Incluir palabras como “oferta”, “regalo”, “urgente” o preguntas que generen incertidumbre no resultan eficaces para abrir los e-mails. Personalizar el asunto genera fiabilidad. Una buena práctica es dirigirse al receptor por su nombre, produce confianza.

El *contenido* del *e-mail* se debe estructurar y distribuir de una manera clara, sin mezclar información. El usuario no lee *e-mails* los “escanea” por lo que el primer vistazo resulta esencial. La zona superior del *e-mail* es un buen lugar para situar aquello con lo que buscamos atraer su atención. Personalizar el contenido con su nombre o su género es una buena opción. Equivocar el género resulta fatal pues genera desconfianza. Es conveniente introducir elementos de acción como: “actualice sus datos”, “haga la reserva” o “recomiende a un amigo”. Con el primero se logra interactividad y visitas a la Web con el último se fomenta la viralidad y la oportunidad de captar nuevos visitantes. Siempre se dará la oportunidad al receptor de “darse de baja” y así eliminar a aquellos que no tengan interés en los envíos.

⁴⁰⁸ MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael. *Marketing en el siglo XXI*. Tercera Edición, Capítulo 13. Disponible en: www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm, s.f.

⁴⁰⁹ MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael. *Marketing en el siglo XXI*, op. cit.

La página de destino. El *e-mail marketing* tiene un propósito comercial, ya sea comprar un producto, descargar un documento, ver una demostración, registrarse para un evento, etc. El receptor regularmente no tomará ninguna decisión desde el propio correo sino que consultará la información en la página de destino o página Web (*Landing page*) para obtener información sobre el producto por ello es importante destacar aquello que pueda favorecer una decisión inmediata para contratar el producto, solicitar una prueba o pedir mayor información⁴¹⁰

El momento del envío. La elección del momento o día de la semana en el que se debe realizar un *e-mailing* afecta los resultados de apertura y *clicks* del mismo, razón por la cual debe competir con los menos *e-mails* posibles además coincidir con el momento y la hora que habitualmente se abre el correo. Se evitará entonces envíos por la noche o a primera hora de la mañana. Idealmente deben enviarse a media mañana o a media tarde. Por lo general, los fines de semana, días festivos o los periodos vacacionales no resultan favorables para realizar envíos por acumular muchos otros correos

Feedback. Los resultados de un envío se pueden obtener en uno o dos días para efectos de conocer cómo va funcionando una campaña, pero resultados definitivos y fiables en una o dos semanas. Se identificarán las devoluciones por direcciones defectuosas, las bajas voluntarias, la inclusión de nuevos receptores y en fin la información que realimentará la base de datos. Las direcciones suministradas por los clientes potenciales evitan los problemas de *spam*.

El remitente. Debe ser reconocible por el usuario, por lo que la mejor opción es utilizar la propia marca del sitio Web o el nombre de personajes reconocibles dentro de la empresa.

⁴¹⁰ GARCÍA ARCONES, María. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Departamento de Informática. Universidad Carlos III de Madrid. p. 40. 2010

El *e-mail marketing* es un buen complemento del marketing offline. Como beneficios se pueden destacar la interactividad, personalización, baja intrusividad, ahorro, reducción de tiempos y distancias; así mismo evita inconvenientes que están relacionados con riesgos legales y de marca y calidad de las listas. Tiene como propósito generar a buen precio las oportunidades de ver (OTS's)⁴¹¹ adicionales necesarias para inducir la compra deseada.

Para efectos de evaluación y valoración de una campaña publicitaria se han de considerar algunos indicadores estadísticos como: a) Ratio de apertura (*Open Rate*) equivale al porcentaje de *e-mails* abiertos sobre el número de *e-mails* enviados (sin contar los *e-mails* rebotados). El problema frecuente con este indicador es que hasta que no se descargan las imágenes de un *e-mail* no se considera que se ha abierto y un alto número de usuarios tienen desactivado la descarga de imágenes. b) *Clic Through Rate (CTR)*, muy importante para valorar el interés de los usuarios ya que identifica el porcentaje de usuarios que han abierto el *e-mail* y que han hecho *clic* en alguno de los enlaces⁴¹². Este dato, el de los enlaces accedidos, el número de veces y el número de personas permitirán conocer qué contenidos interesan más a cada usuario para realizar una mejor segmentación de las listas de destinatarios. c) Ratio de conversión (*Conversión Rate*) puede variar de acuerdo a lo que se considere conversión en cada dominio. En el caso de *e-commerce* puede corresponder al porcentaje de *e-mails* que propiciaron una venta en la tienda sobre el total de *e-mails* enviados. Para otros negocios podría corresponder a suscripciones a un seminario o evento. d) Ratio de bajas (*Unsubscribe Rate*) indica el porcentaje de usuarios que se dan de baja de la lista sobre el total de *e-mails* enviados. Este indicador permite evaluar la calidad del contenido, así como saber que la segmentación realizada es la correcta. e) Ratio de viralidad (*Viral Rate*). Representa el porcentaje de *e-mails* reenviados sobre el total de *e-mails* enviados. Dato importante cuando la campaña incluye algún contenido explícito que

⁴¹¹ *Oportunities To See* (oportunidades de ver): Número medio de veces que los individuos están expuestos a los mensajes publicitarios. O el número medio (o frecuencia) de oportunidades que tiene el target de contactar con la campaña. Disponible en: <http://www.theblendedmarketing.com>, Nov. 26 de 2011. 18:00H.

⁴¹² El *Clic-Through rate* o CTR a propósito de Marketing en buscadores y posicionamiento; es la métrica por excelencia para las campañas de Marketing *online*. Se expresa en términos porcentuales, por ejemplo: si un *banner* se ha pulsado unas 200 veces y se han tenido 10.000 impresiones, el CTR será igual a $200 \text{ clic}/10.000 = 2\%$ de CTR impresiones. Obviamente a mayor CTR más eficiente es el anuncio donde se está promocionando el sitio Web. En: MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael. (2010) *Marketing operativo en la red*. Disponible en: www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm.

motive a compartir el mensaje. f) *e-mails* rebotados (*Bounced e-mails*) Indica el número de *e-mails* que no han llegado a su destino sobre el total de *e-mails* enviados. Pueden ser de dos tipos: Rebote fuerte (*Hard Bounce*) cuando la dirección de envío ya no existe y Rebote blando (*Soft Bounce*) cuando el e-mail rebota debido a que el buzón de destino se encuentra al límite de su capacidad.⁴¹³

Las acciones a través de correo electrónico están reguladas por la Ley 34 de 2002, de 11 de julio (LSSI), en su artículo 21, el cual establece la “*Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes: 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.*” la cual hace referencia tanto al correo electrónico como a cualquier otro medio de comunicación equivalente, por lo que incluye también mensajes cortos (SMS) o multimedia (MMS)

Finalmente y para concluir los aspectos relacionados con el *e-mailing*, reconocida estrategia de e-marketing, la Agencia Española de Protección de Datos destaca que el bajo coste de los envíos vía Internet (mediante el correo electrónico) o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad de llegada a su destino y las posibilidades en el volumen de las transmisiones han degenerado en un abuso indiscriminado de esta práctica denominada actualmente como *spam*, la que conjuntamente con otra práctica conocida como las *cookies* han dado lugar a una regulación específica al respecto. Sin embargo, es de destacar que los referentes legales para actividades como el e-mail marketing, los enlaces patrocinados y el mobile marketing, la LOPD, la LSSI, la LGP y la LCD, establecen referentes legales muy puntuales como por ejemplo que cualquier actividad de comunicación comercial por vía electrónica debe estar identificada como tal, mostrando la identidad del remitente, es reiterativo advertir que en estos ámbitos los

⁴¹³ GARCÍA ARCONES María. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Departamento de Informática. Universidad Carlos III de Madrid. p.41. 2010.

mensajes publicitarios deben ir precedidos de la palabra “Publicidad”. Recuérdese siempre que en el e-mail marketing y en el mobile marketing es fundamental contar con el opt-in o consentimiento expreso del usuario, salvo en el caso de existir una relación contractual previa con el cliente y para el solo efecto de enviarle comunicación comercial respecto de productos similares a los que se haya contratado previamente. Es muy importante igualmente la gestión de las bases de datos, tanto si se alquilan a terceros como si son de elaboración propia. Si la empresa alquila las bases de datos a terceros por no tener capacidad de envío por sus propios medios debe disponer de un contrato de tratamiento de datos personales con la empresa que realice los envíos con expresa garantía de confidencialidad de los datos personales. Si la empresa dispone y crea su propia base de datos es obligatorio registrarla en el Registro de la Agencia de Protección de Datos Personales y, recuérdese que la autorización que da el usuario en relación con la sesión de sus datos personales, como los teléfonos móviles o similares, es siempre revocable.⁴¹⁴

6.2.1. Implicaciones jurídicas del spam.

El *spam* o “correo basura”⁴¹⁵ es todo aquel tipo de comunicación no solicitada realizada por vía electrónica. Utiliza el correo electrónico como herramienta de difusión masiva de información. La AEPD define el *spam* como “*cualquier mensaje no solicitado y que normalmente tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada entre el público en general es mediante el correo electrónico.*” Y agrega

⁴¹⁴ CASTELLÓ MARTÍNEZ Araceli. *Ética en publicidad online*. Fonseca, Journal of communication, n.1, p 233. España. 2010

⁴¹⁵ En revisión bibliográfica realizada por Álvarez V., se encuentra que la palabra *spam* tiene su origen en 1960 con un *sketch* del grupo británico humorista *Monty Python* y la repetición del término *SPAM*, abreviatura de *Spiced Ham*, cerdo en lata especiado comercializado por una empresa norteamericana *Hormet Foods*. En dicho *sketch* el término *SPAM* se repetía una y otra vez en todos los platos ofrecidos pese a que el cliente no quería tomar *SPAM* pero no tenía más remedio que tragar con él. Por extensión, *spam*, viene a significar algo carente de valor estético y nutritivo. De ahí que *spam*, en minúscula para diferenciarla del producto alimenticio sea utilizada, en el ámbito publicitario e informático, para referirse al correo basura, es decir, cualquier mensaje no solicitado, masivo e indiscriminado que normalmente tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Estos correos se suelen denominar en los países anglosajones *junk mail* o *bulk mail*. En: ÁLVAREZ Vizcaíno M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del Spam*. Universidad politécnica de Valencia. pp. 25-26 España. 2010

*“esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva”*⁴¹⁶ Es importante destacar el carácter masivo del *spam* como su principal característica, es decir, el envío personalizado a múltiples destinatarios, como se destaca en las definiciones de la Comisión de la Unión Europea: *“Las comunicaciones comerciales no consentidas que se envían masivamente por correo electrónico reciben en el contexto de Internet el nombre de spam o correo basura. El spam puede ser definido como el envío masivo e indiscriminado de comunicaciones comerciales o publicitarias no solicitadas por medio del correo electrónico. Estos mensajes no solicitados son a menudo de tipo comercial. El spam es el equivalente electrónico a la invasión en los buzones de nuestros hogares de publicidad impresa no solicitada.”*⁴¹⁷

Aunque el *spam* se asocia generalmente con el correo electrónico personal también puede afectar a blogs, foros, grupos de noticias. Quienes hacen uso de esta práctica utilizan a los EE. UU y los países asiáticos para realizar envíos masivos a todas las zonas del planeta. El *spam* ha evolucionado hacia nuevas modalidades cada vez más difíciles de detectar por los filtros anti-*spam* como aquellos cuya finalidad es el ataque masivo durante un corto periodo de tiempo a una entidad concreta con el propósito de saturar sus sistemas anti-*spam*, el *spam* con adjuntos en tipos de archivo como *PDF*, *MP3*, el *spam* apoyado en buscadores, el *spam* desde cuentas de Gmail capaces de vulnerar sistemas de seguridad afirmados en un texto empleado para dificultar la captación de direcciones de correo electrónico o *spam* de contenido más agresivo para captar la atención del destinatario y evitar así que borre el mensaje una vez detectado y que es no deseado. El entorno telemático hace que se dificulte la elusión del *spam*, lo que genera alto riesgo al derecho a la intimidad, a la protección de datos de carácter personal, costes económicos o el incremento de los delitos informáticos o la ciberdelincuencia. Si el fraude a través de Internet evoluciona constantemente también lo hacen los usuarios gracias a mejores hábitos de utilización de la Red y a una mayor protección de los equipos. Así, por ejemplo: la instalación de programas antivirus en España es prácticamente universal (94.5%); la

⁴¹⁶ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)., *Guía para la lucha contra el Spam.*, SF., Madrid.

⁴¹⁷ ÁLVAREZ Vizcaíno M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del Spam.* Universidad politécnica de Valencia. España, 2010

medida de seguridad más utilizada son los programas cortafuego (76%) seguido del bloqueo de ventanas emergentes (69.5%), la eliminación de archivos temporales y cookies (62%) y los programas anti-*spam* y antiespía (56.8%)⁴¹⁸. El Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO)⁴¹⁹ y la AEPD recogen diferentes formas del *spam* como:

-Correo electrónico. Muy utilizado por los *spammers* debido a la facilidad, rapidez y capacidad en las transmisiones de datos.

- *Spam* por ventanas emergentes o *Pop ups*. Se trata de enviar un mensaje no solicitado que emerge cuando se realiza la conexión a Internet. Aparece en forma de una ventana de diálogo y advertencia del sistema Windows titulado “servicio de visualización de los mensajes”- Su contenido es variable pero generalmente obedece a un mensaje publicitario.

- *Phising*. No es exactamente una modalidad de *spam*, más bien una técnica de ingeniería social para recolectar datos de forma fraudulenta. Consiste en la duplicación de una página web para hacer creer al visitante que se encuentra en la página original en lugar de, en la página ilícita. Su utilización con fines delictivos es duplicando páginas web de bancos y enviando indiscriminadamente correos *spam* para que se acceda a esta página con el fin de actualizar los datos de acceso al banco, como contraseñas, fechas de caducidad y otros.

⁴¹⁸ ÁLVAREZ Vizcaíno M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del Spam.*, op. cit. p. 29

⁴¹⁹ De acuerdo a su contenido el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación INTECO proporciona la siguiente clasificación. *Spam con fines comerciales*: tiene como objetivo difundir la utilidad de un producto o la posibilidad de adquirirlo a un precio inferior al de mercado. Guarda relación con algunos tipos delictivos cuando se ofertan por este método productos que infringen la normativa posible propiedad intelectual, patentes o sanidad. *Bulo o hoax*: es un mensaje electrónico con contenido falso y engaños, generalmente enviados en cadena con solicitud de reenvío con el objeto de captar direcciones de correo electrónico. *Spam con fines fraudulentos*: puede constituir en muchos casos puente para la comisión de fraudes y llegan a sus destinatarios a través del correo electrónico. *Spam con fines delictivos*: se encuentra entre el *hoax* y el fraude a través de un ataque de *spamming* que afecta la reputación de una persona física o jurídica. Suele ser utilizado para propagar rumores sin verificar su autenticidad. En: ÁLVAREZ Vizcaíno M., op. cit. p 26

- *Hoax*. Es un mensaje de correo electrónico con contenido falso y engañoso generalmente distribuido en cadena. Algunos hoax informan sobre virus, otros invocan a la solidaridad o contienen fórmulas para ganar millones o crean cadenas de la suerte. La finalidad de quien inicia un *hoax* es captar direcciones de correo, saturar la Red o los servidores de correo.

- *Scam*. No tiene carácter de comunicación comercial, pero si implica un fraude por medios telemáticos, bien sea por teléfono móvil o correo electrónico.

- *Spam en el móvil*. Además de las comunicaciones del operador de telefonía mediante mensajes de texto (SMS- *Short Message Services*), o mensajes multimedia (*Multimedia Message Services*) existen otro tipo de comunicaciones publicitarias en las que no media un consentimiento previo ni una relación contractual por lo que son consideradas comunicaciones comerciales no solicitadas. Este tipo de comunicaciones generan un gasto de tiempo y de dinero. Además, los MMS pueden introducir virus y explotar de forma maliciosa alguna vulnerabilidad de los sistemas internos del teléfono. Al respecto la AEPD⁴²⁰ previene sobre *los spammers* quienes cuentan con programas que generan automáticamente posibles direcciones de correo; pueden crear cientos de direcciones en un minuto, ya que trabajan utilizando diccionarios o listas de palabras que se suelen usar en direcciones de correo relacionadas con: alias, apellidos, iniciales, apodos, nombres de mascotas, marcas, signos del zodiaco, meses del año, días de la semana, nombres de lugares, modelos de coches, términos deportivos, etc. Estos programas simplemente introducen datos en cada uno de estos campos e intentan varias combinaciones con todos ellos adicionando letras y números, fechas de cumpleaños, edades y otros. Por lo anterior, se recomienda que al crear una dirección de correo electrónico y reducir el envío de *spam* resulta conveniente no introducir campos que sean potencialmente intuibles por el *spammer*, no publicar la dirección de correo, evitar anunciar la misma en buscadores, directorios de contactos, foros o páginas web. En el caso del chat, no mostrar la dirección de correo electrónico en las listas de usuarios y no comunicar a desconocidos. Cuando se envíe correos con muchas direcciones se deben en

⁴²⁰ Agencia Española de Protección de Datos. *Guía para la lucha contra el Spam*.

enviar usando BBC o CCO (con copia oculta) para evitar hacer visibles todas las direcciones. Si es necesario proporcionar la dirección de correo electrónico en alguna web, enviarla en formato imagen o escribir “at” o “arroba” en lugar de “@” para evitar que lo capturen los programas creadores de *spam* y si es necesario reenviar un correo, eliminar las direcciones de los anteriores destinatarios pues resultan de fácil obtención por los *spammers*. Si se requiere la suscripción a un servicio *on line*, o contratar un producto, revisar la política de privacidad antes de suministrar el e-mail u otra información de carácter personal. Puede ocurrir que la empresa ceda los datos a otras empresas o a sus filiales y observar que no haya suscripción a boletines comerciales o listas de distribución. Es preciso ejercer los derechos de acceso y cancelación sobre los datos personales ante estas empresas y así mismo instruir y sensibilizar a los niños y menores sobre la utilización del e-mail y la mensajería instantánea.

El *spam* por la naturaleza propia de Internet y la constante y creciente evolución tecnológica de los medios a través de los cuales se distribuye y produce es un problema internacional con proporciones inquietantes que se debe abordar cooperadamente pues según estadísticas de la AEPD el 70% del tráfico mundial de correos electrónicos recibidos es *spam* y según la Sociedad de la Información en España 2009, cerca de 9 de cada 10 correos es *spam* lo que evidencia su potencial crecimiento. La capacidad de penetración es similar ocupando el segundo lugar por detrás de la incidencia de virus informáticos. También la diversidad que va desde el *spam* fraudulento y engañoso al de contenidos ilícitos o perturbadores y que además supone en muchos casos instrumento para la comisión de fraude electrónico como ocurre con el *phishing* y el *scam*.⁴²¹

El crecimiento notable del *spam* obedece a la disponibilidad más amplia de mejores redes de comunicación y el creciente número de conexiones a Internet lo que supone para los *spammers* un elevado número de potenciales destinatarios. De igual modo, la expansión de las redes de ordenadores llamadas *botnets*⁴²² ha contribuido a su crecimiento ya que

⁴²¹ ÁLVAREZ Vizcaíno M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del Spam*. Universidad Politécnica de Valencia. p. 30. España, 2010.

⁴²² Estos sistemas infectados se conocen bajo el nombre de *botnets* y son utilizados por los emisores de *spam* para el envío masivo mediante la instalación de aplicaciones ocultas que convierten a estos sistemas en servidores de correo sin que lo

gran parte del *spam* actual es enviado por estas redes. Se genera entonces un conflicto de intereses entre empresarios y destinatarios. Los primeros son afectados en su derecho a la difusión de su publicidad por medios electrónicos y los destinatarios en su derecho a no recibir una publicidad que, favorecida por las tecnologías llega en forma masiva, frecuente e indiscriminada lo cual está expresamente prohibido por la legislación española, tanto por la LSSI (a consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio) como por la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD).

El *spam* genera para las empresas costes directos e indirectos que van desde la pérdida de productividad hasta el gasto económico que supone para proveedores de servicios de Internet y de correo electrónico la inversión en tecnologías que amplíen las capacidades del ancho de banda de la Red y de los servidores de correo y técnicas de filtrado que eviten la entrada de *spam* en las bandejas de correo. Estas medidas de filtrado generan costes indirectos como los *falsos positivos* y los *falsos negativos* entendidos los primeros como el correo comercial o profesional de interés que se deja de recibir y los *falsos negativos* como aquellos que por su vinculación con el *spam* dejan de leerse.⁴²³

En lo relativo a la regulación sobre las comunicaciones comerciales no deseadas la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9/2014, de 9 de mayo) concede a la AEPD la tutela de derechos y garantías de abonados y usuarios en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, delegando en ella la imposición de sanciones por vulneración en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, así mismo la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (Ley 34/2002) establece que corresponde que corresponde a la AEPD la imposición de sanciones en el caso de infracción por la remisión de comunicaciones comerciales no solicitadas efectuadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes sin cumplir las previsiones estipuladas en su articulado (artículos 19 a 22, 38 y 43 de la LSSI), así mismo los artículos relevantes

sepan sus usuarios. Se estima que más del 50% del *spam* se envía desde estos *botnets*. En: ÁLVAREZ Vizcaíno M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del spam*. Universidad Politécnica de Valencia. pp. 31. España, 2010.

⁴²³ ÁLVAREZ Vizcaíno M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del spam*. op. cit. pp. 39-41

en la LOPD (3.a), 4 a 6, 37.1.n, 44 y 45) como también los artículos pertinentes de la LGT (38,53.z, 53.r y 58.b)⁴²⁴ La LGT atribuye a la Agencia la tutela de los derechos y garantías de abonados (*persona física o jurídica con contrato con el operador*) y usuarios (*quienes utilizan los servicios sin haberlos contratado*) en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, encomendándole la imposición de sanciones por vulneración en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas frente a los siguientes derechos:

- *“A que se hagan anónimos o se cancelen sus datos de tráfico cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación...”*
- *A que sus datos de tráfico sean utilizados con fines comerciales o para la prestación de servicios únicamente cuando hubieran dado consentimiento informado para ello.*
- *A detener el desvío automático de llamadas efectuado a su terminal por parte de un tercero.*
- *A impedir mediante un procedimiento sencillo y gratuito la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada.*
- *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...”*

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información establece que corresponde a la AEPD la imposición de sanciones por el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas a través de medios de comunicación electrónica que no atiendan las siguientes previsiones:

“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 salvo que exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera

⁴²⁴ Agencia Española de Protección de Datos. *Guía para la lucha contra el Spam*. p. 14

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...El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos gratuitos y sencillos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado, y deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.”

La LGT, ha endurecido el régimen de infracciones y sanciones previsto en la LSSI en aquellos casos en los que se produzcan envíos masivos de *spam*, o remisiones a un mismo destinatario, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales no deseadas por medios electrónicos. Las sanciones previstas en la LSSI respecto del *spam* son también aplicables cuando no se respeta el derecho de los abonados a no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax con fines de venta sin haber prestado consentimiento previo e informado.⁴²⁵

Desde un enfoque de protección de los consumidores frente al *spam* la Ley 29/2009 por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de consumidores y usuarios y la Directiva 2005/29/CE relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores se considera como prácticas comerciales desleales las prácticas comerciales agresivas, entendiendo por tales “*toda práctica comercial que merme o pueda mermar de forma importante mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y le haga o pueda hacerle tomar una decisión una transacción que de otra forma no hubiera tomado*” En el anexo I cita expresamente en su condición de práctica comercial agresiva la realización de “*proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax,*

⁴²⁵ Agencia Española de Protección de Datos. *Guía para la lucha contra el Spam*. p. 19

*correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual. El empresario o profesional deberá utilizar en estas comunicaciones sistemas que le permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales. Para que el consumidor o usuario pueda ejercer su derecho a manifestar su oposición a recibir propuestas comerciales no deseadas, cuando éstas se realicen por vía telefónica, las llamadas deberán realizarse desde un número de teléfono identificable”*⁴²⁶ De esta manera se introduce en la Ley de Competencia Desleal la regulación de las denominadas *Prácticas agresivas por acoso* todo tipo de comunicación o mensaje no solicitado con el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto servicio o empresa y que se corresponde con la denominación de *spam*.

Con base en lo anteriormente expuesto se puede inferir que los sistemas para el control de las comunicaciones comerciales no consentidas están regulados por normas legales específicas o por códigos éticos o de autorregulación. Básicamente son dos los sistemas de regulación del *spam*: los que exigen el consentimiento expreso del receptor de correos electrónicos autorizando su envío conocidos como “listas de exclusión *opt-out* y los que permiten el envío a cualquier destinatario siempre que no haya manifestado su voluntad expresa de recibirlo y que se conocen como “listas de inclusión *opt-in*”. Mediante las *listas de inclusión* el destinatario debe incluirse en dichas listas para no recibir correo comercial. Las empresas pueden enviar comunicaciones comerciales, pero deben consultar periódicamente dichas listas y no incluir en sus envíos publicitarios a quienes se hayan inscrito. Dos son los procedimientos de elaboración de éstas listas: por medio de listas públicas a nivel nacional o por medio de listas privadas múltiples. En el primer caso, el usuario deberá inscribirse en una sola lista; en el segundo caso los usuarios deben inscribirse en todas y cada una de las listas manifestando así el rechazo a recibir comunicaciones comerciales no solicitadas. Es evidente que este procedimiento beneficia a los anunciantes puesto que les asegura poder llegar a un número mayor de destinatarios.

⁴²⁶ ARIAS POU María *et al.*, *La Protección de Datos y sus mundos*. Ed. DAPP. Publicaciones jurídicas., S.L. pp 337 y ss. Pamplona. España 2009

Los ficheros de exclusión para envío de comunicaciones comerciales se conocen popularmente como *listas Robinson* término que parece provenir del apellido del primer usuario que solicitó no recibir comunicaciones de carácter comercial. El servicio de *listas Robinson* tiene por objeto permitir a los consumidores eliminar su nombre y dirección de los listados de publicidad con el fin de reducir al mínimo la cantidad de publicidad en la modalidad de *mailing* dirigido personalmente a ellos. Aquellas personas que por el contrario desean recibir envíos publicitarios también podrán solicitarlo al servicio de *listas Robinson* y formar parte de manera gratuita de la Lista de Preferencia.⁴²⁷

6.2.2. Las Cookies publicitarias.

Gran parte de la inversión en Internet se hace desde el sector de la publicidad online y una de las formas en que la publicidad en la red se lleva a cabo es a través de las cookies por constituir herramientas que tienen un papel esencial en la prestación de numerosos servicios de la sociedad de la información y concentran la mayor inversión publicitaria, facilitan la navegación del usuario y ofrecen una publicidad con base en los hábitos de navegación. La importancia de la publicidad online y el marketing digital se reflejan en las cifras de inversión. La inversión en Internet se consolida en la segunda posición (por encima de Diarios) esto supone un 19.1% de toda la inversión realizada en medios.⁴²⁸ Más allá de las contribuciones directas o indirectas a la economía, la publicidad digital provee al ciudadano/consumidor de un precio reducido o de forma gratuita.

La Agencia española de Protección de Datos (AEPD) identifica como *Cookie* el “Conjunto de datos que envía un servidor web a cualquier navegador que le visita, con información sobre la utilización que se ha realizado, por parte de dicho navegador, de las páginas del servidor, en cuanto a dirección IP del navegador, dirección de las páginas

⁴²⁷ ALVAREZ Vizcaíno M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del spam*. Universidad Politécnica de Valencia. pp. 54 - 56. España, 2010.

⁴²⁸ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Interactive Advertising Bureau (IAB), *et. all. Guía sobre el uso de las cookies.*, p. 2. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf

visitadas, dirección de la página desde la que se accede, fecha, hora, etc. Esta información se almacena en un fichero en el ordenador del usuario para ser utilizada en una próxima visita a dicho servidor. Además, existen servidores que restringen la utilización de determinadas funcionalidades de sus servicios o, incluso, deniegan el uso de los mismos si el usuario decide no aceptar la grabación o colocación de la cookie en su ordenador.”

Las cookies publicitarias hacen referencia a pequeños ficheros de información que se almacenan en el disco duro del visitante de una página web a través de su navegador a petición del servidor de la página. La cookie está formada por el nombre del usuario configurado en el navegador, seguido del símbolo @ y el nombre del servidor que envía la cookie, más la extensión “txt” que la identifica como fichero de texto. En otras palabras, las cookies corresponden a cortos archivos de texto que el servidor del sitio web visitado transfiere a la carpeta de cookies del navegador en el disco duro del usuario. Normalmente contienen el nombre del dominio de donde proviene la cookie, el momento de creación y un valor, un número otorgado aleatoriamente.⁴²⁹

Las cookies son una herramienta fundamental para el desarrollo de la actividad publicitaria en Internet. Permiten racionalizar la frecuencia de exhibición de anuncios a los usuarios evitando la saturación de una determinada publicidad al mismo usuario. Resultan indispensables para los anunciantes, los proveedores de servicios online y por supuesto para los usuarios. Con base en la información proporcionada por las cookies se puede conocer el retorno de la inversión publicitaria, es decir, el número de personas que han visualizado un anuncio y su respuesta al mismo, dato muy importante para generar la confianza del medio ante los anunciantes y conocer la respuesta, alcance y efectividad de la acción publicitaria.⁴³⁰ Los usuarios pueden inhabilitar e impedir la instalación de cookies mediante opciones que el navegador dispone para bloquear el almacenamiento de cookies en el disco duro del ordenador.

⁴²⁹ BURGOS Carmen., *Cookies y Redes Sociales*. 2012

⁴³⁰ Interactive Advertising Bureau Spain. IAB. *Cookies publicitarias*. Disponible en: www.iabspain.net

6.2.2.1 Clasificación.

Se establece una clasificación de las cookies de acuerdo con su *duración*, es decir, el plazo de tiempo que permanecen activadas, de acuerdo con su *procedencia* o entidad que las gestione y de acuerdo con la *finalidad* de los datos obtenidos.

1. De acuerdo a la *duración* las cookies pueden ser: a) *Temporales o de Sesión*: cuando solo se requieren mientras se mantiene la sesión del usuario y al finalizar desaparecen. Están diseñadas para recabar y almacenar datos mientras el usuario accede a una página web. Las cookies de *sesión* se suelen utilizar para rastrear las acciones del usuario al rellenar los formularios en línea en varias páginas o para rastrear las acciones del usuario en una serie de intercambios de mensajes con un proveedor de servicios de manera coherente. Se trata de cookies de origen asociadas a un identificador de sesión (número único temporal y aleatorio) que expiran al terminar la sesión. b) *Permanentes o Definitivas*: Aquellas que subsisten en el ordenador tras la finalización de la conexión, pudiendo ser recuperadas por el servidor en posteriores sesiones, es decir, los datos siguen almacenados en el terminal y pueden ser accedidos y tratados durante un periodo definido por el responsable de la cookie y que puede ir de unos minutos a varios años.⁴³¹ Los objetivos de ambas modalidades son, entre otros, ahorrar tiempo al usuario al identificarle como miembro y no tener que pedirle en cada ocasión que introduzca, por ejemplo, la identificación de usuario y la contraseña.

2. De acuerdo con la *Procedencia o entidad que las gestione*, esto es, la entidad que gestione el equipo o dominio desde donde se envían las cookies y realice tratamiento de los datos que se obtengan; se pueden distinguir a) *Cookies propias o de primeros*: aquellas que se envían al equipo terminal del usuario desde un equipo o dominio gestionado por el propio editor y desde el que se presta el servicio solicitado por el usuario. Las origina el propio sitio web que se está visitando. b) *Cookies de terceros*: son aquellas que se envían al equipo terminal de usuario desde un equipo o

⁴³¹ *Guía sobre el uso de las cookies*. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Interactive Advertising Bureau (IAB), et. al., pp. 7 y ss. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf

dominio que no es gestionado por el editor, sino por otra entidad que trata los datos obtenidos a través de las cookies; es decir, proceden de un sitio web diferente, generalmente en el marco de la publicidad en internet.⁴³²

3. De acuerdo con *la finalidad* y uso de los datos obtenidos a través de la cookies se dispone de: a) *Cookies técnicas*: son aquellas que permiten al usuario la navegación a través de una página web, plataforma o aplicación y la utilización de las diferentes opciones o servicios que en ella existan, por ejemplo realizar la solicitud de inscripción o participación en un evento, almacenar contenidos para la difusión de videos o sonido o compartir contenidos a través de redes sociales. b) *Cookies de personalización*: permiten al usuario acceder al servicio con algunas características de carácter general predefinidas, en función de una serie de criterios en el terminal de usuario como por ejemplo idioma, tipo de navegador, configuración regional.

c) *Cookies de análisis*: permite al responsable de las mismas el seguimiento y análisis del comportamiento de los usuarios de los sitios web a los que están vinculadas. Permiten la elaboración de perfiles de navegación de los usuarios con el fin de introducir mejoras en función del análisis de datos de uso que hacen los usuarios del servicio. Respecto al tratamiento de datos recabados a través de las cookies de análisis y a pesar de no estar exentas del deber de obtener un consentimiento informado para su uso, no afectan la privacidad de los usuarios siempre que se trate de cookies que traten datos agregados con una finalidad estrictamente estadística, que se facilite información sobre su uso y se dé la opción al usuario de manifestar su negativa a la utilización de los datos. d) *Cookies publicitarias*: permiten la gestión de los espacios publicitarios que el editor haya incluido en una página web, aplicación o plataforma desde la que presta el servicio solicitado con base en criterios como el contenido editado o la frecuencia en la que se muestran los anuncios.⁴³³

⁴³² *Guía sobre el uso de las cookies. op. cit. p. 7*

⁴³³ *Guía sobre el uso de las cookies. op. cit. p. 8 y ss.*

Desde el punto de vista jurídico debe tenerse en consideración que la utilización de las cookies, en la medida en que supone la descarga de un archivo o dispositivo en el equipo terminal de un usuario con la finalidad de almacenar y recuperar datos personales que se encuentran en el citado equipo tiene implicaciones importantes en relación con su privacidad y con el cumplimiento de las exigencias adicionales establecidas por la normativa sobre protección de datos personales, en particular, con los datos especialmente protegidos y especialmente con los menores de edad.

Las empresas deben garantizar que la utilización de las cookies se lleve a cabo respetando siempre la privacidad de los usuarios, esto genera la confianza de los mismos quienes además deben ser conscientes de que sus hábitos de navegación van a ser conocidos, analizados y utilizados por prestadores de servicios de Internet por lo que deben poder valorar las ventajas asociadas a dicho conocimiento y poder gestionar su aceptación o rechazo. La utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, como cookies y otros por parte de los prestadores de servicios les permite obtener una amplia información del usuario que posteriormente podrá ser utilizada para la prestación de servicios concretos, para servir publicidad o como base para el desarrollo de mejoras o nuevos productos y servicios en ocasiones gratuitos. Razón por la cual la regulación a nivel comunitario, nacional e internacional establece la obtención de un consentimiento informado con el fin de asegurar que los usuarios son conscientes del uso de sus datos y las finalidades para las que son utilizados. En síntesis, la industria digital y, en particular, el sector de la publicidad digital son conscientes de la importancia de la privacidad en Internet, como también de la necesidad de adoptar fórmulas de información y consentimiento que reúnan los requisitos de transparencia y control que exige la normativa adaptándola al nivel de conocimiento de los usuarios; todo ello protegiendo la inversión empresarial e Industrial pero también manifestando el interés por la implementación de un sistema transparente y comprometido con el cumplimiento de la normativa en materia de cookies.⁴³⁴ En este sentido la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la

⁴³⁴ *Guía sobre el uso de las cookies. op. cit. p.3*

Información y de Comercio Electrónico (LSSI) establece en el apartado segundo del artículo 22:

“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.

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.

Lo anterior no impedirá 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 a la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario.”

Es claro entonces que la LSSI hace referencia a la instalación de cookies y tecnologías similares utilizadas (como por ejemplo *local shared objects* o *flash cookies* (LSO), que pueden almacenar mucha más información que las cookies tradicionales; las que al ser independientes del navegador utilizado son más difíciles de localizar, visualizar o borrar y pueden utilizarse por ejemplo para regenerar cookies estándar.) para almacenar y recuperar datos de un equipo terminal (por ejemplo: un ordenador, un teléfono móvil o una

Tablet) de una persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información.

Es importante destacar que quedan *exceptuadas* del cumplimiento de lo establecido en el artículo 22 de la LSSI:⁴³⁵

- Las cookies utilizadas con la finalidad de permitir la comunicación entre el equipo del usuario y la red, como también aquellas que prestan un servicio expresamente solicitado por el usuario, es decir, cookies de entrada del usuario o cookies de sesión.
- Las cookies de autenticación⁴³⁶ o identificación del usuario (únicamente de sesión)
- Las cookies de seguridad del usuario, como por ejemplo las cookies utilizadas para detectar intentos erróneos y reiterados de conexión a un sitio web.
- Cookies de sesión de reproductor multimedia.
- Cookies de sesión para equilibrar carga.
- Cookies de personalización de la interfaz de usuario.
- Cookies de complemento (plug-in) para intercambiar contenidos sociales.

Es necesario precisar que una misma *cookie* puede ofrecer más de una finalidad, dando la posibilidad de que mientras para una finalidad o tratamiento quede exceptuada del ámbito de aplicación de la LSSI, no lo esté para otros tratamientos quedando sujetas a la aplicación de la regulación vigente.

⁴³⁵ *Guía sobre el uso de las cookies. Op. cit. p.5-6*

⁴³⁶ Las Cookies de *autenticación* se utilizan para identificar al usuario desde el momento en que se inicia la sesión. Estas cookies son necesarias para que los usuarios puedan autenticarse por sí mismos en sus visitas sucesivas al sitio web y acceder al contenido autorizado, como el saldo de sus cuentas, las operaciones, etc. Las cookies de autenticación son generalmente cookies de sesión. En: J&A GARRIGUES, S.L.P., *Primeras sanciones por el incumplimiento de la Normativa Reguladora del uso de cookies en páginas web*. 01-04-2014.Madrid. En: J&A GARRIGUES, S.L.P., *Primeras sanciones por el incumplimiento de la Normativa Reguladora del uso de cookies en páginas web*. 01-04-2014.Madrid. Disponible en: www.garrigues.com

6.2.2.2. Aplicación de sanciones por la AEPD en un proceso de control regulatorio sobre utilización de Cookies.

En relación con la aplicación del artículo 22.2 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI) en cuanto a la utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos (Cookies) en equipos terminales de los usuarios en el marco de la navegación por Internet se dispone de la Resolución R/02990/2013⁴³⁷ de la AEPD en virtud de la cual se sienta un precedente al sancionar y multar a dos empresas por la instalación de cookies no exentas en los equipos terminales de los usuarios que visitaban las páginas web de las dos empresas sin que éstas proporcionaran a los usuarios una información clara y completa sobre el uso y finalidades de las cookies que se descargan en sus terminales.

La Resolución analiza el sistema de información y el contenido indispensable que se ha de incorporar a las distintas capas de información contenidas en la web para entender cumplido dicho deber. Así entonces la primera capa de información ha de contener necesariamente una indicación sobre aspectos relacionados con:⁴³⁸

- Advertencia sobre el uso de cookies no exceptuadas que se instalan al navegar por los sitios web o al utilizar el servicio solicitado.
- Identificación de las finalidades de las cookies que se instalan, con información sobre si se trata de cookies propias o de terceros.
- Advertencia, de que si se realiza una determinada acción se entenderá que el usuario acepta el uso de las cookies.
- Un enlace a la segunda capa informativa en la que se indica una información más detallada.

⁴³⁷ J&A GARRIGUES, S.L.P., *Primeras sanciones por el incumplimiento de la Normativa Reguladora del uso de cookies en páginas web*. 01-04-2014.Madrid. E Disponible en: www.garrigues.com

⁴³⁸ J&A GARRIGUES, S.L.P., *Primeras sanciones por el incumplimiento de la Normativa Reguladora del uso de cookies en páginas web*. 01-04-2014.Madrid. E Disponible en: www.garrigues.com

La segunda capa de información deberá incluir aspectos relativos a:

- Definición y función de las cookies
- Tipos de cookies que usa la página web y su finalidad.
- Forma de desactivar o eliminar las cookies descritas y forma de revocación del consentimiento autorizado.
- Identificación de quienes utilizan las cookies, incluidos los terceros con los que el editor haya contratado la prestación de un servicio que suponga el uso de cookies.

La AEPD otorga un gran valor al requisito de claridad, por lo cual, del contenido de la información suministrada debe precisarse suficientemente la tipología de *cookies* realmente utilizadas, la finalidad y su asociación clara con el editor o con terceros, que habrán de ser identificados en todo caso.

6.3. Las redes de afiliados (Marketing de afiliación.)

Hace referencia a plataformas *online* donde se ponen en contacto anunciantes que quieren publicitar su marca, sus productos o sus servicios con páginas Web de todo tipo y tamaño que tienen como propósito incluir publicidad en su *site* con fines económicos. Los anunciantes indican la comisión que ofrecen a los soportes por utilizar su publicidad y éstos, de acuerdo a la comisión, utilizan un anunciante o varios, Por tanto la red de afiliados renta la comisión que el anunciante paga al afiliado.

El marketing de afiliación es una forma de distribución por Internet con base en comisiones en la que una empresa (anunciante) premia económicamente a otra (editora) por generarle negocios a través de una serie de links introducidos en su website. Estos hipervínculos pueden estar direccionados a la venta directa del producto o a enviar al usuario que ha accedido a la página Web a la página de la empresa vendedora.

Los acuerdos de afiliación entre empresas anunciantes y vendedoras se operacionalizan a través de los llamados programas de afiliados a los cuales se puede acceder por *click* y por *venta*. Cuando se utiliza la modalidad de *click* y un visitante de la Web editora visita al anunciante, una suma de dinero se transfiere a la empresa editora de conformidad con el acuerdo pactado. Cuando se accede por *venta*, la empresa propietaria de la Web editora obtiene una comisión o porcentaje por cada venta que realiza el anunciante gracias al hipervínculo colocado en la página. Lo fundamental es el diseño de la estrategia adecuada para cada caso en particular, que para el efecto puede ser de desarrollo propio o por servicio externo. En el primer caso, la empresa diseña su propio programa de afiliación y encarga a un operario de software su desarrollo. Simultáneamente busca los afiliados que deseen participar y gestiona los pagos de comisiones a cada uno de ellos. Cuando la opción de diseño de estrategia es por un servicio externo se contrata un proveedor de afiliación de confianza y con experiencia para negociar las mejores condiciones y colaborar con la planificación estratégica. En este caso, el proveedor aporta la tecnología, los afiliados, la administración y pago de comisiones. La empresa solo deberá hacer frente a una única factura por los resultados que se obtengan.⁴³⁹

6.4 Marketing en Buscadores - Posicionamiento Web.

El posicionamiento en buscadores consiste en la aplicación de un conjunto de técnicas y estrategias conducentes a ubicar de manera preferencial, vía *keywords* o palabras clave, sitios Web en los motores de búsqueda. La motivación principal obedece a que las empresas quieren y necesitan estar bien posicionadas en la red, lo que equivale a encontrarse entre los primeros treinta resultados que ofrecen los diferentes buscadores por constituir el medio habitual de entrada de los nuevos usuarios a una Web.

Respecto al posicionamiento en la red, cabe reflexionar este aspecto a partir de los principios fundamentales del Derecho de la contratación electrónica, sobre la adecuación y

⁴³⁹ALONSO COTO Manuel A., *Herramientas de marketing digital en web 2.0.*, IE Business School. Ed. IE Business Publishing., Madrid 2011., Última versión noviembre 14 de 2011 (R.L).
http://openmultimedia.ie.edu/openproducts/herramientas_md/herramientas_md/frames.html

la suficiencia de las reglas generales de la responsabilidad en relación con la actividad de intermediación en la Red. Rodríguez de las Heras⁴⁴⁰ enmarca dos consideraciones:

“De un lado, el hecho de que el legislador (nacional y regional) haya considerado procedente la formulación de reglas específicas referidas a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Nos referimos fundamentalmente a los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico que traspone generosamente los artículos 12 a 15 de la Directiva sobre comercio electrónico que tienen sus antecedentes más directos en la previa regulación estadounidense sobre la materia. Una regulación específica que puede crear inevitablemente la impresión de que, siendo insuficientes o inadecuadas las reglas preexistentes, era preciso y conveniente establecer un régimen propio para estos intermediarios.

De otro lado, el convencimiento de que las actividades de intermediación representan una de las piezas esenciales del funcionamiento de la Red, ya no sólo en su configuración más básica como operadores de la infraestructura tecnológica que soportan la arquitectura del entorno, sino como proveedores de otros servicios que aportan un importante valor añadido y que distan mucho de ser esas actividades instrumentales, neutras y pasivas que contempla la normativa referida. En lo que hemos decidido denominar los estratos de la intermediación en la Red - accesibilidad, visibilidad y credibilidad -, la intermediación técnica se refiere al primer estrato, el más básico y esencial, el que asegura la accesibilidad. Pero el desarrollo más complejo y prometedor en la Red se proyecta sobre los otros dos estratos que reclaman el ofrecimiento de servicios que refuerzan la visibilidad y la credibilidad”

Es importante estar posicionado en la red, si bien “estar” en la red significa muy poco, lo importante es “estar visible”, lo que significa acorde con el funcionamiento de los

⁴⁴⁰ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Ballell, Teresa, VV.AA., *I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología*, Madrid: Fundación Mapfre, 2011, pp. 13-50

servicios de la sociedad de la información, conforme se desarrollo en la LSSI, es ser visto, ser llamado, ser buscado por el usuario.

En el momento en que se consigue la visibilidad y supuesta accesibilidad, se debe alcanzar la credibilidad, tal y como afirma Rodríguez de la Heras⁴⁴¹, *“el aluvión informativo que significa el acceso al entorno electrónico debilita la confiabilidad de datos, contenidos e informaciones. Por ello, el funcionamiento adecuado de la Red, ya no en su nivel técnico, sino en el sustantivo o material, requiere la emergencia de figuras, técnicas y herramientas generadoras de credibilidad. Este es ya, sin duda, el activo más valioso en el estado actual de la Red.*

Los artículos 14 a 17 LSSI no contemplan todas estas formas de intermediación, tan sólo lo hacen parcialmente con respecto a los servicios destinados a proporcionar accesibilidad. Significa esto que esta regulación específica no representa un régimen único y compacto, además de especial, de las actividades de intermediación en la Red. Consecuentemente, y como innecesariamente recuerda el artículo 13.1 LSSI, deberemos confiar en las reglas generales de la responsabilidad para resolver las cuestiones que la intermediación plantea.”

Estudios realizados ponen de manifiesto que los usuarios no suelen ir más allá de la tercera página de resultados y estos suelen venir ordenados de diez en diez. Para conseguirlo es necesario optimizar la página Web, es decir, adaptarla para que los buscadores la entiendan mejor y la valoren más. Es ésta la manera más económica de posicionarse en Internet.⁴⁴²

Lo primero es elegir las palabras claves para la actividad a publicar, para lo cual resulta importante no sólo nuestra opinión sino también contrastarla con las que los internautas utilizan cuando buscan información sobre los productos y servicios que se

⁴⁴¹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Ballell, Teresa., Op. Cit. Pág. 28-31

⁴⁴² MUÑIZ GONZÁLEZ, Rafael. op. cit. 2010

ofrecen. Así entonces, es necesario realizar análisis comparativos con la competencia a través de cuadro de mandos que permiten el seguimiento de las compañías para determinadas palabras o combinaciones de palabras. Es ésta una estrategia de marketing *online* que permite reflexionar y evaluar las acciones de comunicación en la red frente a la competencia⁴⁴³

Los buscadores generan dos tipos de resultados: (*Search Engine Marketing*) o marketing de pago en buscadores comúnmente reconocido como SEM-PPC⁴⁴⁴, y *SEO* (*Search Engine optimization*) cuya traducción es Optimización para Motores de Búsqueda o posicionamiento natural en buscadores. El SEO supone una actividad en constante crecimiento en razón a que las empresas se han convencido de la importancia estratégica de que sus páginas web estén situadas en la primera página de resultados de los buscadores. El SEO se confirma como una de las actividades más efectivas y eficientes para obtener resultados reales, al tiempo que contribuye a lograr el posicionamiento correcto de la marca y productos en Internet. Es importante destacar que el SEO no es un trabajo aislado, forma parte y está interrelacionado con muchas más acciones, procesos y técnicas que conseguirán en su integración la posición deseada en buscadores. Una definición amplia de SEO permite afirmar que se trata⁴⁴⁵ de una estrategia y conjunto de prácticas destinadas a la captación y fidelización del tráfico proveniente de los buscadores lo cual implica la utilización de técnicas incluidas la reescritura del código HTML, la edición de contenidos, la navegación en el *site*, campañas de enlaces y otras acciones con el fin de mejorar la posición de un *website* en los resultados de los buscadores para unos términos de búsqueda concretos. Esto se traduce en la utilización de una serie de técnicas cuya finalidad es la optimización de la página a partir de los denominados factores *onsite* y su socialización en Internet con otras páginas conocidos como factores *offsite* con la finalidad de alcanzar un mejor posicionamiento en los resultados de los buscadores. El SEO se integra

⁴⁴³ MUÑIZ, GONZÁLEZ Rafael. Marketing operativo en la red. Disponible en: www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm.

⁴⁴⁴ PPC- significa "Pago por Clic", es lo mismo que posicionamiento pagado. Corresponde al monto acordado por cada clic que un usuario hace en el vínculo que lo lleva a su sitio web mediante el sistema de pago por clic. También se conoce como CPC, por su sigla en inglés (Cost per clic). El monto monetario que determina el coste varía por mercado y por palabra mediante un proceso de libre mercado determinado por oferta y demanda. Fuente: Webmaster World Forums. En: Cuadernos de la comunicación interactiva. El libro blanco de IAB. *SEO: Optimización de webs para buscadores* Vol 11. Julio de 2010. Revista de la comunicación interactiva y el marketing digital. Madrid 2010.

⁴⁴⁵ Cuadernos de la comunicación interactiva. El libro blanco de IAB., op. cit. p. 9

necesariamente dentro de la propia estrategia de negocio y comunicación de la empresa u organización como una práctica de optimización para motores de búsqueda.⁴⁴⁶

Operar una estrategia SEO comprende tres fases⁴⁴⁷: Indexabilidad, técnicas *onsite* vs técnicas *offsite* y técnicas SEO *White Hat* vs SEO *Black Hat*. a) *Indexabilidad*: hace referencia a la capacidad de una web de ser accedida en su totalidad y de forma apropiada por los robots de los buscadores permitiendo que sea almacenada en los índices de dichos buscadores. Una indexación correcta genera correspondencia inmediata entre los contenidos existentes en la web y los almacenados por el buscador en su índice. Al número de páginas de un sitio web accesibles a los buscadores se les conoce como “*número de páginas indexadas*” y conviene maximizarlo para que sea igual al número de páginas existentes en el sitio web de interés. Los buscadores ofrecen información acerca del número de páginas que tienen almacenadas de cada sitio web, lo que permite la comparación entre páginas existentes y páginas almacenadas en el buscador. Se pueden originar problemas para la *Indexabilidad* relacionados generalmente con el uso de la tecnología que impide u obstaculiza el cumplimiento de ciertas órdenes por ejemplo contenidos elaborados con tecnología Flash o que requieran de la ejecución de código javascript. Igualmente van a ofrecer problemas de ejecución contenidos no enlazados o que requieren de muchos enlaces para accederlo; así mismo, problemas de servidor por redirecciones inapropiadas, un tiempo muy lento de respuesta o la caída de un servidor lo que dificulta la indexación o la pérdida de páginas indexadas. Respecto al *contenido* se recomienda tener en cuenta el lenguaje del usuario, el cual debe incluir una terminología similar a la utilizada internamente por la empresa u organización.

b) *Técnicas onsite vs técnicas offsite*. Una técnica *onsite* se relaciona con aquellas mejoras que se llevan a cabo dentro del propio sitio web; equivalen a procesos que se controlan plenamente desde la empresa y que corresponden a optimizaciones de código; procesos de servidor y generación/edición del contenido. Se recomienda asegurar la

⁴⁴⁶ Cuadernos de la comunicación interactiva. El libro blanco de IAB. *op. cit.* p. 9 y ss.

⁴⁴⁷ Cuadernos de la comunicación interactiva. El libro blanco de IAB. *op. cit.* p. 17. RECUERDA QUE CUANDO CITAS SEGUIDAS VARIAS VECES LA MISMA REFERENCIA, A PARTIR DE LA SEGUNDA SE PONE SIMPLEMENTE *Ibidem* y la página. Sólo si van las citas exactamente seguidas como en este caso

correcta indexación por parte del buscador, (disponer de una sección “mapa web”), encontrar y guardar en una base de datos todas las páginas (archivo *sitemaps*), disponer de una estructura de enlaces internos que favorezca el acceso a toda la información de la web y asegurar la accesibilidad a los buscadores mediante la utilización de tecnologías apropiadas y funcionales. La correcta interpretación y clasificación de los contenidos por parte del buscador se garantiza con la localización y densidad de las palabras clave, análisis de tendencias, oportunidad y estacionalidad de los contenidos; al igual que algunos aspectos relacionados con la infraestructura que aseguran la conectividad, configuración y respuesta del servidor en función de unos estándares como: velocidad de respuesta, redireccionamientos, Robot.txt., geolocalización de IPs entre otros. Los factores *offsite* para el posicionamiento de un sitio web están localizados fuera de la web empresarial y están relacionados con el número de enlaces de la web, el tipo de sitios (en temática) y los términos incluidos en dichos enlaces. Es decir, “la popularidad” de un sitio web la cual depende del número de enlaces, calidad de los sitios web que acceden, la antigüedad de los mismos, el tipo de contenido de los sitios web que enlazan, los textos de los enlaces de la web y la tecnología entendible por parte de los buscadores.

c) *SEO White Hat Vs SEO Black Hat*. El exceso y sobre-optimización afecta igualmente posicionamiento para buscadores en páginas poco relevantes para los usuarios en los resultados de búsqueda, razón por la cual se dispone de métodos *Seo White Hat*⁴⁴⁸, el cual resulta efectiva para los usuarios, mejorando su experiencia y por tanto están bien valoradas por los buscadores. Algunas características de esta técnica hacen referencia a ofrecer un contenido de calidad relevante y de interés para el usuario, con una información lo más completa posible sobre el tema a requerir que el usuario valorará y los robots detectarán. Es importante elaborar títulos muy descriptivos, utilizando palabras clave en el texto de forma razonable, características éstas que permitirán la fidelización del usuario como también la detección por parte de los buscadores de buenas prácticas que favorecen el posicionamiento de una web.

⁴⁴⁸ Cuadernos de la comunicación interactiva. El libro blanco de IAB. *op. cit.* p. 19.

Por otro lado el “ *Black Hat Seo*”⁴⁴⁹ se relaciona con prácticas que pueden ofrecer resultados a corto plazo pero que acaban siendo penalizadas por los buscadores cayendo precipitadamente en el ranking de búsquedas de los mismos por sus prácticas negativas, dado que rompen las reglas que establecen los buscadores para entregar un contenido de calidad, afectan así mismo la experiencia del usuario puesto que éste acude a la página con un propósito encontrando información que no satisface sus necesidades y por último presenta contenidos que se generan de forma automática, alternándolo por algoritmos.

Los trabajos de SEO se harán respetando la legislación vigente y atención a los derechos de propiedad intelectual, copyright, marcas registradas y/o de servicio y leyes relacionadas con el *spam* que puedan existir a nivel nacional o internacional. Igualmente se debe proteger la confidencialidad y anonimato de los clientes y la información privilegiada. Todo el personal será responsable de la protección de la información que no sea de dominio público y que pueda perjudicar al cliente.

En esta activa relación surgen conflictos, intereses y relaciones derivadas del servicio de la publicidad patrocinada, lo que genera una posición muy controvertida para el prestador de servicios en relación con el usuario y terceros intervinientes. El ejemplo más reciente lo encontramos con el programa *Adwords*, que tanta controversia ha generado, dado que Google interviene en la relación como un mero prestador de servicios. Para Rodríguez de la Heras⁴⁵⁰, la condición de prestador de servicios de intermediación lleva asociada un régimen de exclusión de responsabilidad basado en un elenco de funciones o actividades expresamente previstas en las que concurre la característica común de ser facilitadores de otros servicios, actividades o contenidos. Este régimen de responsabilidad ha quedado codificado en las diversas normas sobre comercio electrónico (y/o de propiedad intelectual, en algunas jurisdicciones) como respuesta a una jurisprudencia creciente que encontraba en los intermediarios un posible centro de imputación de responsabilidad por hechos propios en la medida en que facilita y/o contribuye a la comisión de la infracción.

⁴⁴⁹ OLIVER Begoña., White Hat SEO y Black Hat SEO: el bueno y el malo., Disponible en: <http://tendenciasweb.about.com/od/el-trabajo-y-la-web/a/White-Hat-Seo-Y-Black-Hat-Seo-El-Bueno-Y-El-Malo.htm>

⁴⁵⁰ RODRÍGUEZ DE LS HERAS Ballell, Tera., *Anuncios patrocinados y servicios de referenciación: el caso de Adwords de Google*. Pág. 247 y ss.

La distinción entre categorías de prestadores (debe ser de funciones). Sin embargo, para la legislación española que traspone la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico⁴⁵¹ la responsabilidad es más genérica, incluye un primer precepto (art. 13) en la que establece una regla general de responsabilidad para todos los prestadores y, segundo, porque el artículo 17 incluye la regulación de un tipo de actividad que no aparece recogida en la Directiva, la provisión de enlaces de contenidos o de dispositivos de búsqueda, esta condición de intermediación técnica pura es mucho más dudosa.

Acorde con lo anterior, se parte de presunción de que los prestadores, en tanto que intermediarios, no tienen control ni conocimiento de los datos que transmiten (art. 14 LSSI), copian temporalmente (art. 15 LSSI), alojan (art. 16 LSSI) o localizan y enlazan (art. 17 LSSI); y se desarrolla un procedimiento, que se activa con el conocimiento efectivo, por el que se obliga al prestador que conoce a actuar. Cuando se considera que hay conocimiento, qué implica, o cómo puede obtenerse, son cuestiones que abren áreas muy inciertas para el análisis casuístico⁴⁵²

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁵³, se inclina por una interpretación amplia del conocimiento efectivo, al afirmar que bastará con que el intermediario tenga conocimiento de los hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir ese carácter ilícito y actuar rápidamente para retirar los datos o impedir su acceso, trasladándose el conocimiento efectivo al modelo de “operador económico diligente”⁴⁵⁴

Debemos concluir que debemos analizar caso por caso para determinar si efectivamente concurren los requisitos de neutralidad, automatismo y pasividad que fundamentan el concepto de intermediario, lo que implicaría, según afirma Rodríguez de las

⁴⁵¹ Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de la Sociedad de la información, en particular, en comercio electrónico en el mercado interior. La cual tiene sus antecedentes más directos en la regulación estadounidense que respondía a la doctrina jurisprudencial del *contributory infringement*, la cual regula bajo este régimen de responsabilidad exclusivamente las actividades de transmisión de datos y provisión de acceso. En RODRIGUEZ DE LAS HERAS, Ballel, Teresa. *Op. Cit.* Pág. 249

⁴⁵² RODRIGUEZ DE LAS HERAS, Ballel, Teresa. *Op. Cit.* Pág. 250

⁴⁵³ Sentencia de 12 de julio de 2011, C-324/09 *L’Oreal and others v. eBay International AG and Others*. Rec. I-6011y disponible en <http://curia.europea.eu>.

⁴⁵⁴ RODRIGUEZ DE LAS HERAS, Ballel, Teresa. *Op. Cit.* Pág. 250

Heras, atacar la lógica misma del “puerto seguro” que originariamente pretendía crear un modelo de exclusión de responsabilidad en que los intermediarios podrían atenerse sin riesgo de expresión al riesgo y que los jueces aplicarían como baremo para determinar la concurrencia de responsabilidad. La prestación de estos servicios requiere una creciente implicación del operador que puede activar su responsabilidad por conocimiento y capacidad de control. Se plantea entonces, si cabría exigir un deber de mayor vigilancia a estos operadores.

Cuando se hace referencia a SEM se trata de la contratación de los distintos servicios de pago que tienen los buscadores, como campañas de *banner* o enlaces patrocinados. Por el contrario, cuando se hace referencia a las tareas que especialistas realizan para optimizar la Web y hacerla lo más amigable posible para los buscadores de manera que se obtenga el mejor posicionamiento posible dentro de los resultados naturales del buscador se trata entonces de posicionamiento SEO.⁴⁵⁵

El posicionamiento SEM hace referencia a la gestión de enlaces patrocinados en portales y buscadores, es decir, gestión de campañas de publicidad en buscadores mediante el sistema de pago por *click* en las principales redes publicitarias (*Google Adwords*, *Yahoo search marketing*, etc.). Consta de las técnicas orientadas a utilizar los resultados directos (SEO) de los buscadores y de los enlaces patrocinados (SEM). Corresponde igualmente a los enlaces de pago o *pago por click*, considerada como la mejor herramienta para rentabilizar la publicidad en la red, ya que se trata de un instrumento al alcance de todas las empresas, con una alta calidad de impacto en los internautas, de coste reducido y basado en resultados. Los enlaces patrocinados son los que más inversión publicitaria atraen. El usuario que hace *click* en un enlace patrocinado es una persona que en principio está buscando ese producto o servicio. El sistema de *pago por clic* permite que una página web se sitúe en los primeros puestos de los buscadores, pagando por los *clicks* o visitas que la web recibe. Estos modelos publicitarios se fundamentan en que el anunciante paga por cada visita real que reciba a través del buscador. Los anunciantes pujan por obtener las primeras

⁴⁵⁵ GARCÍA ARCONES, María. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Departamento de Informática. Universidad Carlos III de Madrid. p.3

posiciones en las palabras clave de su interés. Aquellos que a través del sistema de pujas consiguen pagar más por el enlace patrocinado son los que se sitúan en la primera posición del buscador.⁴⁵⁶

Además de los resultados directos que este buscador incluye en función de los parámetros de su algoritmo de búsqueda, existen en la página “áreas de alquiler” por las que el buscador cobra al anunciante. Hay espacio (muy limitado) para incluir un texto (llamado creatividad y donde el e-copy es clave) que capte la atención del navegante y una *url* (Localizador de Recurso Uniforme, en inglés *Uniform Resource Locator*, la dirección global de documentos y de otros recursos en la World Wide Web) con un link que permitirá el acceso a la página de la Web elegida por la empresa-cliente del buscador. Para algunos internautas ambas áreas pueden resultar difíciles de diferenciar. Es importante determinar las palabras que los potenciales clientes de los productos pueden teclear en el buscador cuando intentan localizar información sobre los productos. Con una creatividad adecuada (texto llamativo), se atrae a las páginas Web.

La diferencia entre resultados patrocinados o de pago SEM(PPC) y resultados orgánicos SEO, obedece a que los primeros se fundamentan en un sistema de publicidad contextualizado referente a uno o varios criterios de búsqueda, es decir, los anunciantes deciden una serie de términos que, cuando sean buscados por los usuarios, mostrarán sus anuncios. El orden de los resultados depende de varios factores entre ellos un sistema de pujas. El anunciante solo paga cuando se hace clic en uno de sus anuncios, motivo por el cual el sistema recibe el nombre de “pago por clic” (PPC). Estos resultados se identifican como publicidad y Google por ejemplo los identifica como “resultados patrocinados”⁴⁵⁷.

Los resultados orgánicos SEO son generados por el buscador en función de su índice de resultados y a un sistema que asigna la relevancia de los mismos por medio de un

⁴⁵⁶ MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael. *Marketing operativo en la red*. Disponible en: www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm. 2010.

⁴⁵⁷ El libro blanco de IAB. *SEO: Optimización de webs para buscadores* Vol. 11. Julio de 2010. Revista de la comunicación interactiva y el marketing digital. Madrid 2010.

proceso algorítmico. En este caso no se paga nada en concepto de publicidad, y aparecer en los primeros resultados depende de seguir una serie de técnicas que forman la disciplina SEO.

La diferencia más importante entre ambos sistemas radica en que un anunciante puede asegurarse, de manera aproximada, figurar en los resultados del buscador con sus campañas de pago por click, mientras que nadie puede asegurar encontrarse en la primera posición en los resultados orgánicos, ya que depende al 100% del algoritmo del buscador, así como de los cambios y modificaciones que se van introduciendo en dicho algoritmo. Es importante destacar que no existe ninguna interrelación entre los resultados de los enlaces patrocinados y los resultados orgánicos⁴⁵⁸

El modelo de enlaces patrocinados es una de las formas de publicidad más rentables con un crecimiento espectacular actualmente. Corresponde a un formato publicitario basado en palabras clave relacionadas con la actividad del anunciante y que contiene un enlace a su página web que puede aparecer bien sea en los resultados de buscadores de Internet como respuesta a una consulta o bien como publicidad contextual⁴⁵⁹ integrada en las páginas en las que el usuario navega. Se trata de un modelo publicitario de pago por clic que se ha

⁴⁵⁸ El libro blanco de IAB. *SEO: Optimización de webs para buscadores* Vol. 11. Julio de 2010. Revista de la comunicación interactiva y el marketing digital. Madrid 2010. p. 11.

⁴⁵⁹ La publicidad contextual se basa en la inclusión de enlaces patrocinados en sitios web – o en algunas de sus secciones- que tengan una temática afín a la de los productos o servicios publicitados o se adecuen al perfil de internauta. Esta adecuación de la publicidad al contenido de la página o al perfil del visitante se consigue mediante la selección de determinadas palabras clave asociadas al enlace patrocinado en función de la temática de la web y de la tipología del usuario. La afinidad de los contenidos – o del perfil del internauta- con los enlaces insertados en la web tiene un efecto directo sobre la calidad de tráfico que se dirige a la página del anunciante. Se considera que hay muchas posibilidades de que un internauta que navega, por ejemplo, en una web de economía esté interesado en encontrar más información sobre productos financieros. Se trata por lo tanto, de convertir la publicidad en su servicio más para el visitante de una determinada página. En: Interactive Advertising Bureau Spain. IAB., Libro Blanco Vol. 5., *Enlaces Patrocinados en Buscadores y la Publicidad Contextual*. 2012. Disponible en: <http://www.iabspain.net/libros-blancos/> *Si crees que encaja puedes citar aquí mis trabajos sobre publicidad personalizada y protección de datos* Estrategias de personalización en la Red y protección de la Privacidad”, *Revista Autocontrol*, septiembre 2013. “*Legal framework for personalization-based business models*”, in PAZOS-ARIAS, José J.; DELGADO KLOOS, Carlos; LÓPEZ NORES, Martín (Eds.), *Personalization of Interactive Multimedia Services: A Research and Development Perspective*, Nueva York: NOVA, 2009, pp. 3-24

revelado como clave en el mix de la publicidad constituyéndose en el mayor exponente del marketing de resultados⁴⁶⁰.

Esta figura publicitaria hace referencia al uso de palabras claves que sirven para identificar o definir una página web. Para que estas palabras o términos estén sujetos a la legalidad deben guardar relación directa con el contenido de la página web en la medida en que el uso de estas palabras constituye una forma de comunicación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa. Estos mensajes, aunque no sean perceptibles por los usuarios, encajan en el concepto de publicidad recogido en el art. 2 de la Ley General de la Publicidad (LGP)⁴⁶¹. Es por ello que el uso de las palabras claves con fines publicitarios es perfectamente lícito, siempre y cuando guarden una relación directa con el contenido de la página. Cuando esta técnica publicitaria hace uso de términos que nada tiene que ver con el contenido la página web, ni con los productos o servicios que se ofertan o promocionan en la página pero que podrían ser usados por el anunciante para dirigir la atención del usuario hacia una determinada página web, se estaría atribuyendo a una página características que no corresponden con la realidad considerándose contrario al principio de veracidad establecido en la LGP como publicidad ilícita.⁴⁶²

Es reprochable la utilización, como palabras clave, de marcas u otros signos distintivos ajenos sin la correspondiente autorización, conforme a lo establecido en el art. 34.1 de la Ley General de Marcas, en concordancia con el art. 6 de la LGP, al mencionar

⁴⁶⁰ El marketing de resultados ofrece la posibilidad de que el anunciante pague, exclusivamente, por el rendimiento obtenido a través de su publicidad. Se trata de un sistema de pago por clic, de tal manera que el anunciante solo pagará por los clientes potenciales que hayan llegado a su sitio web procedentes de la red de la empresa proveedora del servicio de enlaces patrocinados. El importe a abonar por cada clic lo fija el propio anunciante a través de un sistema de pujas por palabra clave. Los precios por cada palabra quedan fijados, exclusivamente por la ley de la oferta y la demanda. Este hecho, unido a la no existencia de cuotas por creatividad ni consumo mínimo mensual, hace que este sistema publicitario sea extremadamente democrático y transparente. En: Libro Blanco Vol. 5., *Enlaces Patrocinados en Buscadores y la Publicidad Contextual. op. cit.*

⁴⁶¹ “Publicidad: toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. Art. 2 de la Ley General de la Publicidad

⁴⁶² Interactive Advertising Bureau Spain. IAB., Libro Blanco Vol. 5., *Enlaces Patrocinados en Buscadores y la Publicidad Contextual. 2012*. Disponible en: <http://www.iabspain.net/libros-blancos/> Lo citas en exceso, me parece. Es fundamental completar la bibliografía

que el titular de la marca podrá prohibir su uso a terceros sin su consentimiento en el tráfico económico. Por su parte el art. 8 del Código de Conducta Publicitaria en Internet de Confianza online, prohíbe de forma expresa la introducción en el código fuente de una página web de nombres ocultos o palabras claves que coincidan con marcas, nombres, rótulos o denominaciones de productos de empresas competidoras, constituyendo una infracción de los derechos de marca del competidor o competidores afectados, caso en cual se hablaría de competencia desleal.⁴⁶³

Al respecto, es bien conocida la sentencia de 12 de julio de 2011 del Tribunal de justicia, conocida como la “sentencia eBay” que analiza diversos temas relevantes en materia de marcas. Se confirma la ilicitud de la venta de productos que estaban destinados a ser usados como muestra o probador, la de los productos cuyos envases hayan sido manipulados y se reconoce la responsabilidad de quienes operan desde fuera del territorio comunitario ofreciendo sus productos en este territorio. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicta que sólo quedarán exonerados de responsabilidad quienes mantengan una posición neutra entre el cliente y el vendedor, pero no quienes desempeñan un papel activo que permita adquirir conocimiento o control de los datos relativos a las ofertas. Con la sentencia *Adwords* de 234 de marzo de 2010 se establecía que Google no vulnera derechos de marca al permitir que los anunciantes adquieran palabras clave correspondientes a las marcas de sus competidores, de forma que de presentarse alguna reclamación, ésta debe dirigirse contra quienes adquieren las palabras.

Por otro lado, los enlaces patrocinados deben aparecer debidamente señalizados e identificados como “publicidad”. A priori, nada puede objetarse a la actividad comercial de contratación de la llamada publicidad de enlaces patrocinados mientras estos se contraten vinculados a la actividad del anunciante y siempre que, con el fin de no incurrir en supuestos de publicidad encubierta, se revele suficientemente a los usuarios la naturaleza publicitaria de tales espacios. El problema legal surge en el instante en que se vendan, como palabras claves, términos que coincidan con signos descriptivos y vocablos que

⁴⁶³ Libro Blanco Vol. 5., *Enlaces Patrocinados en Buscadores y la Publicidad Contextual. op. cit.*

coincidan con signos distintivos registrados por empresas diferentes de la titular de las marcas. Actualmente algunos proveedores de servicios de enlaces patrocinados siguen un estricto código deontológico y editorial que impide que los anunciantes puedan incurrir en prácticas no legales por usar palabras claves no relacionadas con su actividad.⁴⁶⁴

6.4.1. Responsabilidad jurídica de los buscadores de Internet.

El marco principal del marketing digital es la Web a través de buscadores especializados, así entonces, el fin principal del marketing Web es la promoción de bienes y servicios *online* para ponerlos a disposición del cliente utilizando estrategias y herramientas basadas en la Web social 2.0 como plataforma interactiva. Este proceso implica la comercialización, publicidad, gestión de marcas e investigación de mercados. Actualmente, el posicionamiento en los buscadores es pieza clave para el marketing digital.

Los buscadores han evolucionado de proveedores de información y contenidos a piezas claves para servicios publicitarios y del comercio electrónico B2C (*Business to Consumer*) mediante alianzas estratégicas con el sector audiovisual, telefonía móvil y otros para nuevos modelos de negocio motivados por la alta cuantía de las tarifas de las operadoras telefónicas no solo en España sino en el ámbito internacional, lo que fortalece los nuevos modelos de negocios multiplataforma.

En relación con la actividad de los buscadores (Google search, Yahoo!, Ask.com, MSN/Windows Live, Noxtrum, Microsoft, Altavista, Infospace etc.) como proveedores de contenidos y consistente en localizar la información publicada o incluida en la red por terceros, indexarla de forma automática, almacenarla temporalmente y finalmente ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia. Así mismo, el servicio o motor de búsqueda ofrece una serie de enlaces a sitios en línea a partir de uno o varios términos en forma de palabras clave introducidos por el usuario del servicio. Su funcionamiento y como una derivación del mismo sus implicaciones jurídicas las ilustra en

⁴⁶⁴ Libro Blanco Vol. 5., *Enlaces Patrocinados en Buscadores y la Publicidad Contextual. op. cit.*

detalle Carbajo Cascón⁴⁶⁵ en el comentario que realiza a la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea, (TJUE). Gran Sala de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 del caso *“Google Adwords: Sobre la infracción de marcas en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información”* en el cual se analiza la adaptación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) hace de su doctrina sobre el alcance del derecho de marca a los usos de signos en forma de enlaces patrocinados en Internet, como también de la interpretación flexible del complejo régimen de exoneración de responsabilidad de los intermediarios de Internet en la regulación europea.

“Estos enlaces se conocen como “resultados naturales” de la búsqueda. Google ofrece un servicio remunerado denominado “AdWords” que permite a los usuarios comerciales interesados solicitar una o varias palabras clave que, introducidas por los internautas en el motor de búsqueda muestran una serie de enlaces promocionales o “enlaces patrocinados” a los sitios en línea de los adquirentes de esas palabras clave, de tal forma, que el sistema en su conjunto actúa como mecanismo de promoción publicitaria presentando estos enlaces patrocinados como anuncios asociados a las palabras clave (Keywords) introducidas por los usuarios en el motor de búsqueda... en el sistema AdWords, Google comercializa palabras clave, que pueden ser seleccionadas por varios operadores o usuarios comerciales, para después ofrecer un servicio asociado de almacenamiento y puesta a disposición de enlaces patrocinados acompañados de un breve mensaje comercial que son elaborados e insertados en el sistema anunciante que adquiere (alquila o vende) la palabra clave a Google. El anunciante que adquiere derechos sobre una palabra clave, abona una cantidad por el servicio de almacenamiento y puesta a disposición de enlaces (que el Tribunal denomina “servicio de referenciación”) cada vez que un

⁴⁶⁵ CARBAJO CASCÓN Fernando. *“El caso Google AdWords: Sobre la infracción de marcas en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información.”* Revista de Derecho, Comunicaciones y nuevas tecnologías. Nº 5, Enero-Junio de 2011. ISSN1909-7786 GECTI. Universidad de los Andes. Bogotá Colombia. 2011.

*usuario pulse en su enlace patrocinado. Google calcula el precio en función del precio máximo por click que el anunciante se compromete a pagar al contratar el servicio y del número de veces que los internautas pulsan en su enlace promocional. El sistema en su conjunto funciona de forma automática: los anunciantes interesados seleccionan la palabra clave, redactan el mensaje comercial e insertan el enlace (“link”) promocional a su sitio Web. Este servicio constituye actualmente la base del próspero negocio de Google.*⁴⁶⁶

El problema jurídico fundamental enfatiza Carbajo, que igualmente se ha planteado en varios países de la Unión Europea, pero principalmente en Francia y Alemania, de igual forma en los Tribunales estadounidenses, *“reside en que normalmente las palabras clave seleccionadas por los usuarios coinciden con marcas de productos o servicios o con otros signos distintivos que sirven para distinguir prestaciones empresariales y profesionales en el mercado (nombres comerciales, denominaciones sociales, denominaciones de origen, indicaciones geográficas e incluso nombre de personas físicas empleado a título de marca de servicios y nombres de dominio en Internet), otorgando Google el uso de esas palabras clave a todos los operadores que lo soliciten, sean o no titulares o licenciatarios de esos signos; de manera que, como respuesta a determinadas palabras clave idénticas a marcas u otros signos distintivos, pueden aparecer en pantalla enlaces patrocinados a sitios en línea de competidores del titular o licenciatario de la marca o incluso en sitios en línea donde se comercializan copias (falsificaciones) o imitaciones de los productos distinguidos por la marca (de hecho Google permite seleccionar como términos de búsqueda, a modo de palabras clave compuestas o combinadas, una marca de cualquier otro signo distintivo denominativo seguido de términos como “copia” o “imitación”).*⁴⁶⁷

La discusión en los Tribunales de los EE.UU. y Alemania se muestra proclive a estimar infracciones de derechos de marca en la actividad de venta de palabras clave y puesta a disposición de enlaces publicitarios asociados a esas palabras. En Alemania se planteó el mismo conflicto y el Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo mediante sentencia de 25 de febrero de 2000 estimó la demanda por competencia desleal por

⁴⁶⁶ CARBAJO CASCÓN Fernando. *op. cit.* pp. 4-5. 2011.

⁴⁶⁷ CARBAJO CASCÓN Fernando., *op. cit.* pp. 5., 2011.

aprovechamiento indebido de la reputación ajena, pero no infracción de marca por considerar que no se hace un uso distintivo del signo a título de marca que interfiera en la función de indicación de origen empresarial.⁴⁶⁸

Al comprobar que al introducir los términos que conforman sus marcas en el motor de búsqueda de Google aparecían enlaces patrocinados a sitios en línea de competidores o a sitios donde se comercializaban copias falsas e imitaciones de los productos. Así mismo se comprueba que Google ofrecía a los anunciantes interesados la posibilidad de combinar dichas marcas con otros términos como “copia” o “imitación”. Google es condenada en primera y segunda instancia y en apelación, pero cuando recurre en Casación la Corte francesa suspende el procedimiento y plantea algunas cuestiones prejudiciales ante la TJUE como por ejemplo que el prestador del servicio (Google) hace un uso de estas marcas y que el titular de las mismas no ha prohibido, como tampoco se ha opuesto a su uso. Así mismo, considera la Corte que puede también estimarse que el prestador del servicio remunerado de referenciación suministra un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, de modo que no puede incurrir en responsabilidad hasta que el titular de la marca le comunique sobre el uso ilícito de dicho signo. Interpretación de la Directiva 87/104/CEE, del Reglamento CE núm.40/94 y de la Directiva 2000/31/CE, respectivamente.⁴⁶⁹ Frente a estas consideraciones de la Corte francesa, el Tribunal comparte que sí puede estimarse que Google por medio de su servicio *AdWords* suministra un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos (“*hosting*”) facilitados por el destinatario del servicio y en consecuencia quedaría protegido por el régimen de exoneración de responsabilidad por las infracciones cometidas por los usuarios de su servicio. (Art. 14, Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000)⁴⁷⁰

No obstante, la protección legal mediante el régimen de exoneración de responsabilidad que gozan los buscadores en cuanto prestador de servicios de

⁴⁶⁸ CARBAJO, CASCÓN Fernando., *op. cit.* pp. 6., 2011.

⁴⁶⁹ CARBAJO CASCÓN Fernando., *op. cit.* p. 8. 2011.

⁴⁷⁰ CARBAJO, CASCÓN Fernando., *op. cit.* p. 10. 2011.

intermediación en Internet, y con relación a la actividad desarrollada por Google en su servicio *AdWords*, se observa que Google realiza dos usos distintos, aunque muy relacionados, pero con objetivos diferentes: 1. Permitir a los anunciantes elegir las palabras clave para que sus enlaces-anuncios sean presentados como resultados de búsqueda. 2. Mostrar dichos enlaces patrocinados en forma de anuncios publicitarios junto a los resultados naturales mostrados en respuesta a las búsquedas realizadas a partir de esas palabras clave. Así entonces, la finalidad de la gestión busca de una parte, la comercialización de palabras clave dirigida a los anunciantes o usuarios comerciales interesados en el uso del servicio *AdWords* para asociar enlaces patrocinados a sus sitios Web cuando los internautas introduzcan las palabras clave previamente seleccionadas. De otra parte, la puesta a disposición de enlaces patrocinados tiene por objetivo a los internautas usuarios del motor de búsqueda. Resumiendo: el servicio propiamente dicho de Google es la comercialización de palabras clave. Este servicio de uso interno, al funcionamiento de *AdWords*, corresponde a la relación entre Google y los anunciantes. El poner a disposición enlaces patrocinados hace referencia a los bienes y servicios ofrecidos en los sitios Web de los anunciantes, es decir, el uso externo del sistema *AdWords* con repercusión directa para los internautas. Ambos usos se presentan como uno solo servicio, por lo tanto, la comercialización por Google de palabras clave coincidentes con marcas de terceros constituye un uso de la marca con fines comerciales en el tráfico económico. Sin embargo, se concluye que permitir a los anunciantes elegir en *AdWords*, palabras clave que se corresponden con marcas de terceros no constituye una violación del derecho de marca porque no se utilizan esos signos para designar el propio servicio de *AdWords* de Google, el cual, además no es idéntico o similar que pueda prestarse a confusión con los productos o servicios designados por las marcas.⁴⁷¹

Está claro que la comercialización de palabras clave coincidentes con marcas para facilitar la inserción de enlaces patrocinados en el propio sitio del buscador no constituye un uso a título de marca con fines distintivos de productos y servicios, y que, por tanto, no

⁴⁷¹ CARBAJO, Fernando (2011) *op. cit.* p. 11

genera responsabilidad por infracción de derechos de marca para Google extensible a todo prestador de un servicio de intermediación.

Así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sanciona un concepto prestador de servicios de intermediación que aparece definido en la Directiva 2000/31/CE (considerando 18) y en la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE, Anexo letra b.) como un servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información, entre ellos la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet. Resulta indiferente que ese servicio de intermediación se realice con fines lucrativos, pues la propia Directiva define los servicios de la sociedad de la información, como servicios prestados normalmente, a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico y a petición individual de los usuarios (Considerando 17, Anexo, letra a de la LSSICE española)⁴⁷²

De lo anterior se infiere que no solamente son intermediarios de la sociedad de la información aquellos prestadores de servicios exclusivamente técnicos (transmisión de datos, acceso a la Red, copia temporal a memoria caché, alojadores de informaciones, aplicaciones y servicios, operadores de motores de búsqueda y enlaces) sino también, todos aquellos que actúan como intermediarios en la Red alojando y poniendo a disposición del público internauta informaciones, datos o servicios de terceros, incluida información publicitaria (anuncios en cualquier forma) y comercial (ofertas de venta) como sucede con los denominados “agregadores” y “difusores” de datos e informaciones diversas de terceros, sean sitios de búsqueda y enlace como *Google Search* y *Google AdWords*, sean sitios de hospedaje o alojamiento de comunidades sociales (“*hosting Web 2.0*”, como sería

⁴⁷² CARBAJO CASCÓN Fernando. op. cit. pp. 23-24

el caso de YouTube), sean sitios que ofrecen de manera organizada enlaces o descargas *peer to peer*, o descargas directas de contenidos protegidos por derechos de autor alojados en servidores como Megaupload o Rapidshare, o sean puntos de encuentro que actúan a modo de corredores en línea como eBay o Mercado Libre.⁴⁷³

El concepto de responsabilidad Civil aplicado a las actividades de intermediación en el espacio digital ha sido planteado en todos sus detalles por Rodríguez de las Heras⁴⁷⁴ al identificar una serie de factores que afectan la percepción sobre su suficiencia y adecuación, tales como: *Identificación y anonimato*. Hace referencia a dificultades para definir la personalidad de los internautas sugeriría un espacio marcado por el anonimato. Sin embargo, las posibilidades de monitorización y trazabilidad en el espacio digital adquieren niveles de precisión tal, que despejan los temores de anonimato y generan preocupación social y legislativa sobre riesgos de seguimiento que puedan afectar el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales. Deslocalización, Ley aplicable y jurisdicción competente. Relacionados con la arquitectura descentralizada de la Red, que inciden directamente en la aplicación de criterios de conexión, de corte territorial, regulación aplicable y jurisdicción competente dando lugar al uso creciente de técnicas de autorregulación. Vulnerabilidad de la información.

La información digital se caracteriza por ser maleable, volátil y reproducible, es decir, fácil de copiar, de reproducir, de alterar y de reutilizar, con el agravante de un entorno abierto como el de Internet donde el acceso es libre y sin control, los participantes desconocidos y la seguridad incierta. Determinación de la causalidad de la información inexacta. El vínculo de causalidad no corresponde a conexiones físicas o materiales sino por apreciaciones subjetivas o indiciarias. Los supuestos de causalidad se fundan en una relación de confianza razonable y en una información inexacta para un determinado daño. Intermediación técnica y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. La estructura de la Red es orgánicamente descentralizada, dispersa en

⁴⁷³ CARBAJO CASCÓN Fernando., op. cit. pp. 24 y ss. 2011

⁴⁷⁴ RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL., Teresa, *Intermediación en la Red y responsabilidad Civil. Sobre aplicación de las reglas generales de la responsabilidad a las actividades de intermediación en la Red*. En: I Congreso sobre las nuevas tecnologías y sus repercusiones en el Seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología. Madrid. 2010

multitud de puntos de acceso y nodos de interconexión, sustentada en la presencia y actuación de intermediarios técnicos conocidos como ISP (*Internet Services Providers*) con funciones de acceso, transmisión, almacenamiento de datos y búsqueda. Se trata de una estructura operativa fuertemente vinculada a actividades de intermediación. Actividades que han sido categorizadas como estratos de la intermediación: accesibilidad, visibilidad y credibilidad, con funciones de proporcionar acceso, captar la atención mediante estrategias de visibilidad y generar confianza⁴⁷⁵.

Por lo tanto, ... la aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad en el entorno digital está condicionada por la identificación de una serie de factores que parecen distorsionar la directa aplicación de las reglas generales de la responsabilidad... Otro elemento condicionante lo constituyen los denominados regímenes de responsabilidad especiales y como ejemplo de ello se dispone de las reglas referidas a la responsabilidad por la prestación de servicios de intermediación -en particular, artículos 14 a 17 LSSI -, caracterizándose por el reconocimiento de sólo uno de los estratos de intermediación: La accesibilidad y por constituir reglas de exclusión y no de atribución de responsabilidad, por lo que se debe recurrir a las aplicaciones jurisprudenciales para resolver situaciones de conflicto⁴⁷⁶.

En este contexto de la publicidad jurídica de los buscadores de Internet, resulta igualmente ilustrativa la Sentencia de Tribunal de Justicia (Gran Sala) de mayo 13 de 2014⁴⁷⁷ relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Directiva 95/46/CE arts., 2, 4,12 y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 7 y 8) proceso entre Google Spain S.L., Google Inc., y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Asunto C-131/12. El litigio surge en marzo de 2013 cuando un ciudadano español (Sr. Costeja González) presenta ante la AEPD una reclamación contra Google Spain y contra el

⁴⁷⁵ RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL., Teresa, *Anuncios patrocinados y servicios de referenciación: El caso ADWORDS de Google*. ADI 35 (2014-2015) Pág. 239-264

⁴⁷⁶ RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL., Teresa, *Intermediación en la Red y responsabilidad Civil. Sobre aplicación de las reglas generales de la responsabilidad a las actividades de intermediación en la Red*. Op. Cit. Págs. 49-50

⁴⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12.

periódico de gran difusión “La Vanguardia Ediciones, S.L.”, porque cuando se introducía el nombre del ciudadano español en el motor de búsqueda de Google Search obtenía como resultados vínculos hacia dos páginas del periódico en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionadas con un embargo por deudas a la Seguridad Social, que mencionaba el nombre del ciudadano. La reclamación del Sr. Costeja González se centraba en exigir al periódico “La Vanguardia” eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen sus datos personales o utilizar las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger esos datos. Así mismo solicitaba que se exigiese a Google Spain y Google Inc., que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y así evitar que sus datos estuvieran ligados a los enlaces del periódico de “La Vanguardia”, pues afirmaba que el embargo al que se vio sometido en su día estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y carecía de relevancia actualmente.

Mediante resolución de 30 de julio de 2010, la AEPD desestimó la reclamación en lo relacionado con las pretensiones frente al periódico de “La Vanguardia” por considerar que la publicación que éste había llevado a cabo estaba legalmente justificada, dado que había tenido lugar por orden del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales y tenía por objeto dar la máxima publicidad a la subasta para conseguir la mayor concurrencia de licitadores- En cambio se estimó la misma reclamación en lo concerniente a Google Spain y Google Inc., al considerar que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la normativa en materia de protección de datos dado que llevan a cabo un tratamiento de datos del que son responsables y actúan como intermediarios de la sociedad de la información por lo que se ordenó a Google Spain adoptar las medidas necesarias para retirar los datos personales del Sr. Costeja de su índice e imposibilitar el acceso futuro a los mismos.

La Directiva 95/46/CE establece en su art. 2 que, se entenderá por: a) “datos personales”: toda información sobre una persona física identificada o identificable, considerando “identificable” toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica,

económica, cultural o social. b) se entenderá por “tratamiento de datos personales” cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas o no mediante procedimientos automatizados y aplicados a datos personales como recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, consulta por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción. c) se entenderá como “responsable del tratamiento”; la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que solo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios de tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y el tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias; el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario.

Conforme al fallo establecido por el Tribunal de Justicia (Gran Sala) relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos, debe interpretarse en el sentido de que la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y por último ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de “tratamiento de datos personales” en el sentido del artículo 2, letra b), de la mencionada directiva, cuando esa información contiene datos personales. El gestor de un motor de búsqueda se considera “responsable” de dicho tratamiento.

En este mismo sentido, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea una sucursal o una filial en un Estado miembro destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios, debe interpretarse según el art. 4, apartado 1, letra a) que lleva a cabo un tratamiento de datos personales con sus consecuentes responsabilidades. Así mismo, el art. 12, letra b) y 14, establece que un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a página web, publicados por terceros y que contienen información relativa a esta persona.

Al respecto uno de los aspectos más relevantes es la Sentencia del Tribunal Supremo sobre derecho al olvido⁴⁷⁸, en la medida que proporciona las claves del tratamiento de un aspecto de gran importancia en cuanto al tratamiento de datos. Se trata de las obligaciones del editor de la noticia como responsable del tratamiento de los datos personales que aparecen en su sitio web y de las implicaciones de la exigencia de que el tratamiento de los datos personales sea adecuado a la finalidad con que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente.

La indicada Sentencia trae consigo una serie de apreciaciones en relación al tratamiento de los datos los cuales se puntualizan seguidamente⁴⁷⁹:

- Se trata de una serie de daños que tienen el carácter de continuado, es decir, lo determinante en relación a la caducidad de la acción es si persiste el tratamiento con vulneración de la normativa de protección de datos y no cuando se publica la noticia.⁴⁸⁰ La actuación reprochable no es la publicación en sí de la noticia, sino el continuado tratamiento de los datos personales, con independencia de su inclusión en la hemeroteca digital o en papel y así, el responsable del tratamiento de los datos personales, debe cumplir con las obligaciones derivadas del principio de calidad de los datos⁴⁸¹

⁴⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Nº 545/2015. Derecho al Olvido Digital. Puede consultarse en <file:///C:/Users/Charo/Downloads/TS%20Civil%20Pleno%2015-10-2015.pdf>

⁴⁷⁹ ASENSIO Pedro Miguel., Derecho al olvido y hemerotecas digitales: la STS de 19 de octubre como complemento de la sentencia Google Spain., Madrid, 2015. Se puede consultar en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/10/derecho-al-olvido-y-hemerotecas.html>

⁴⁸⁰ Así lo ha considerado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 06.11.2003 (caso Lindqvist , asunto C-101/01, apartado 25) y 13.05.2014 (caso Google Spain S.L contra Agencia Española de Protección de Datos, asunto C-131/12, párrafo 26, del caso *Google*), así como las obligaciones que se derivan de la Constitución, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, la Directiva 1995/46/CE, de 24 octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en lo sucesivo, la Directiva), y la Ley Orgánica 15/1999 , de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, LOPD), en la interpretación que de dichas normas han hecho tanto el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo como el TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

⁴⁸¹ En <http://gallelabogados.blogspot.com.es/2015/10/el-derecho-al-olvido.html>. Consultado el 20/12/15: 12:40H

- El “derecho al olvido digital”, vinculado a los requisitos de calidad en el tratamiento de los datos personales, ampara que el afectado “ pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras claves sus datos personales tales como, el nombre y apellidos, haga de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de una persona.
- El Tribunal Supremo precisa que “No puede exigirse al editor de la pagina web que por su propia iniciativa depure estos datos, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de la información, a la vista de las múltiples variables que debería tomar en consideración y de la ingente cantidad de información objeto de procesamiento... pero si puede exigírsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos, y que cancele el tratamiento de sus datos personales cuando haya transcurrido un periodo de tiempo que haga inadecuado el tratamiento, por carecer las personas afectadas de relevancia pública, y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales.

6.5 Configuradores y verificadores electrónicos de productos

Un configurador de producto en línea es un software especial que se inserta dentro de un *site* y permite al potencial comprador personalizar su producto en función de todas las opciones disponibles para él mismo. Un verificador de producto es un sistema (software o software + hardware) similar pero no enfocado a elegir opciones si no a mostrar el producto desde todos sus puntos de vista posibles con el fin de que el navegante tenga una experiencia lo más aproximada posible a la de una “prueba física” del producto, especialmente útil en el caso de productos como prendas de vestir. Herramienta muy compleja desde el punto de vista tecnológico. Un ejemplo clásico del uso de este tipo de herramienta lo constituye la marca de ordenadores Dell que permite a los clientes

configurar online los ordenadores que compran según sus preferencias sin tenerse que limitar a los ya configurados con unas características fijas.⁴⁸²

6.6 Segmentación de mercados

No hay marketing *one to one* sin estrategias de segmentación. Si se comparan los principios de marketing personalizado con los del marketing tradicional se puede observar que su evolución va desde el marketing centrado en una cuota de mercado a un marketing que atiende a la cuota de cliente o “*share of customer*”; el marketing tradicional se basa en productos o servicios diferenciados mientras que el marketing personalizado (marketing *one to one*) defiende estrategias de clientes diferenciadas; se pasa de la lucha por encontrar clientes que se adapten a nuevos productos hacia enfocar productos adaptados a los clientes e igualmente se pasa de acciones masivas de publicidad y marketing directo a los mensajes personalizados. Mientras que el marketing tradicional se vale de la promoción estándar, el marketing *one to one* recurre a incentivos adaptados a cada segmento de clientes.

Las modernas técnicas de segmentación por perfiles (*profiling*) tienen su origen en el marketing *one to one* puesto que ofrecen soluciones prácticamente a la medida del cliente. De acuerdo con la teoría de Rogers los elementos básicos para relaciones auténticamente personalizadas con el cliente corresponden a identificar, diferenciar, interactuar, y customizar a los clientes.

Una segmentación excesiva del mercado para ofrecer productos y/o servicios presenta el riesgo de comprometer a la empresa con acciones de dudoso beneficio económico; por lo tanto, se hace necesario disponer de estrategias muy acertadas de “*profiling*” ya que no se debe perder de vista que en el marketing personalizado cualquier propuesta debe ofrecer siempre rentabilidad.

⁴⁸² ALONSO COTO Manuel A., *Herramientas de marketing digital en web 2.0.*, IE Business School. Ed. IE Business Publishing., Madrid 2011., Última versión noviembre 14 de 2011 (R.L). http://openmultimedia.ie.edu/openproducts/herramientas_md/herramientas_md/frames.html

Actualmente se dispone de variadas herramientas para la segmentación de clientes que permiten superar el tradicional problema de encontrar un mismo cliente en varios segmentos. Una identificación de perfiles con base en una segmentación en función de la estrategia de la empresa que tiene en consideración el coste adicional que se produce al impactar al cliente más veces de las deseadas por encontrarse en varios segmentos y además, la disminución de los resultados cuando los impactos por estar dirigidos a los diferentes segmentos donde se encuentra el cliente implican mensajes que pueden parecer contradictorios creando una confusión en el cliente, quién ante la incertidumbre, puede optar por no atender los mensajes recibidos y en consecuencia la empresa obtiene resultados negativos o poco rentables; es la segmentación propuesta por Cuesta F. y Alonso Coto M.⁴⁸³ quienes calculan objetivamente el Valor Estratégico del Cliente (VEC)⁴⁸⁴.

El proceso de segmentación propuesto define objetivamente los perfiles de los clientes ubicándolos además en un segmento único, lo que facilitará realizar campañas de captación que garantizan óptimos resultados. La definición de los segmentos y sus perfiles son: *Backuppers, Bluetooths, Browsers, Hackers, Trojans, Virals*.

- **Backuppers**. Corresponde a aquellos clientes satisfechos, pero que no se pronuncian ni ejercen ningún tipo de influencia en el mercado con lo que el negocio que se consigue a través de estos clientes es el que generan a nivel personal, es decir el Potencial Medio de Negocio (PMN) o el VEC. Estos clientes permiten a la empresa sobrevivir sin riesgo.

- **Bluetooths**. Son los clientes suficientemente satisfechos para presumir de su pertenencia a la empresa/organización. Ejercen una influencia positiva en el mercado, por lo que el negocio que generan será la suma del negocio personal más el generado por su influencia, lo que corresponde al Índice de Influencia positiva Neta (IPN). El volumen de negocio que suponen los clientes de este segmento es: $(IPN + 1) \times PMN$.

⁴⁸³ CUESTA F. y ALONSO C.M., *Marketing Directo 2.0. Como vender más en un entorno digital.*, Ed. Gestión 2000., Barcelona 2010., pp. 79 y Ss.

⁴⁸⁴ $VEC=f(a \times EBITDA, b \times VPC)$, donde VEC= Valor estratégico del cliente; EBITDA= Cuenda de resultados individual de cada cliente, variable a corto plazo; VPC= Valor percibido por el cliente, variable a largo plazo. En CUESTA F. y ALONSO C. M.; Op. cit., p. 80

- **Browsers.** Son los clientes que no estando satisfechos no mantienen la relación, pero tampoco ejercen ninguna influencia en el mercado con lo que no destruyen valor extra, sino que solo se pierde por los clientes de este segmento el PMN o el VEC

- **Hackers.** Son aquellos clientes que además de no estar satisfechos con los productos y/o servicios de la empresa, no solo no mantienen la relación, sino que ejercen una fuerte influencia negativa entre clientes potenciales que les son próximos; con lo que la pérdida de negocio se deriva de su ausencia de repetición más la destrucción indirecta de negocio debida a su Influencia Negativa Neta (INN) en otros clientes actuales que abandonan, también la empresa, como consecuencia o, clientes potenciales que ante la duda no se convierten en clientes; por lo tanto, la destrucción de valor debido a este tipo de cliente es: $(INN + 1) \times PMN$; donde PMN es el Potencial Medio de Negocio de los clientes, es decir, la suma ponderada de rentabilidad del cliente y el valor que puede generar dependiendo los coeficientes de ponderación de los objetivos estratégicos de la empresa; así entonces, el PMN se corresponde con el VEC al que se ha hecho referencia anteriormente.

Se definen a continuación los *Trojans* y los *Virals*, los dos segmentos más controvertidos y que corresponden a aquellos clientes que generan rentabilidad destruyendo valor y los que generan valor sin garantizar rentabilidad.

Se denominan **Trojans** aquellos clientes que se mantienen debido a los distintos obstáculos que condicionan su salida y que la empresa ha establecido, por ejemplo, los contratos de permanencia que bajo el supuesto de fidelización establecen algunas empresas con lo que el usuario no tiene otra opción que mantenerse y seguir pagando, pero la influencia negativa que ejercen en el mercado debido a la mezcla de insatisfacción y frustración es muy peligrosa para la empresa. Corresponde a un segmento típico de destrucción que puede evaluarse con la expresión: $(INN - 1) \times PMN$, el valor (-1) se mantiene durante el periodo de tiempo que esté vigente el obstáculo para la salida del cliente, es decir, el tiempo durante el cual siga pagando la cuota por el servicio prestado. Este es el segmento que muchas empresas mantienen y siguen manteniendo para sobrevivir en el corto plazo, incrementando de manera temporal su volumen de negocio y logrando

alcanzar y a veces superar los objetivos asignados en el corto plazo pero que constituyen un serio riesgo para el futuro de la empresa. Es evidente que los clientes que se encuentran en este segmento son destructores netos de negocio, además de que, en el momento en que surja un competidor con una filosofía y una cultura real de servicio y de atención al cliente o cuando desaparezca la barrera o el obstáculo para su salida, captará a todos estos clientes y a todos aquellos en los que éstos han influido de forma inmediata.

Los identificados como clientes ***Virals*** corresponden al típico cliente “profesional” que es necesario conquistar cada vez más, pues debido a su formación y su acceso a la información cuando necesita adquirir un producto o servicio, se informa, navega por la red, entra en foros, hace uso del marketing por recomendación etc., y decide según una combinación racional y emocional; si su experiencia es satisfactoria con la adquisición del producto/servicio lo comunica a otros, es decir, ejerce una fuerte influencia positiva, atrae a clientes indecisos o a otros que ni siquiera lo habían considerado; por lo tanto, el volumen de negocio que aportan, es el derivado de su influencia, constituyendo una incógnita su continuidad. Su evaluación corresponde a la expresión: $(IPN - 1) \times PMN$.

Esta segmentación en la que cada cliente se ubica en un solo segmento permite identificar los bloques de generación neta de negocio, representados por los segmentos *Bluetooths*, *Virals* y *Backuppers* y los de destrucción o pérdida neta de negocio, representados por los segmentos *Hackers*, *Trojans* y *Browsers*. La Empresa debe entonces enfocarse a incrementar el peso específico de los segmentos generadores de valor, generando acciones tendientes a convertir los clientes hacia segmentos de mayor valor según las siguientes rutas: de *virals* a *Bluetooths* y de *Backuppers* a *Bluetooths* y, por otro lado del segmento de *Browsers*, de valor negativo, al segmento de *Backuppers*, de valor positivo.

6.6.1. Personalización en el marketing digital.

Cuando se habla de marketing digital se hace referencia al traslado de todas las características del marketing al mundo digital. Uno de los factores que diferencia el

marketing tradicional del marketing digital es *la personalización* ya que los usuarios pueden tener una experiencia única y personalizada la cual no sería posible sin la utilización del medio digital. El marketing digital también permite el desarrollo de productos de la preferencia del cliente, ya que el medio digital facilita hacer investigaciones más personalizadas con el fin de desarrollar productos que necesariamente inciden en la reducción de costes. Además utilizar el medio digital no genera grandes costes.

La *personalización* o estrategia de construcción de marca⁴⁸⁵ *online* hace referencia a la idea de diseñar algo a gusto del cliente. Se usa igualmente el término *customizar* (*en inglés customize*) que específicamente alude al proceso de transformar un producto ya existente y de retocarlo a gusto del consumidor/usuario. Sin embargo, desde el punto de vista del marketing la customización se interpreta como un paso más en la personalización, se trata de rediseñar el marketing para pasar de un enfoque con origen en el vendedor para centrarse en una estrategia que parte del consumidor.

García M., et al,⁴⁸⁶ establecen una precisión en lo referente a lo que no es la personalización enfatizando en que, no es permitir que el usuario añada o elimine accesorios a un producto o servicio; tampoco es personalización un proceso iniciado exclusivamente por la empresa, así mismo no es, permitir que el usuario modifique la apariencia del *site* corporativo con fines lúdicos o tecnológicos. La *personalización* es adaptar al gusto del consumidor alguna característica de un producto o servicio dado y, desde un punto de vista de marketing “*one to one*”, es tratar a los consumidores como personas diferenciadas mediante el conocimiento profundo de los mismos. Se trata de agrupar a los usuarios en segmentos y satisfacer las necesidades de cada uno. La iniciativa puede ser de la empresa o del usuario.

Un buen *marketing one to one* no es solo tratar al cliente de forma diferente sino en hacerlo constantemente sin caer en una personalización excesiva a riesgo de rechazo por el

⁴⁸⁵ Marca: definida por la AMA como “el nombre, termino, símbolo, diseño o la combinación del conjunto de ellos para identificar los productos o servicios de una o varias compañías con respecto a los de su competencia.”

⁴⁸⁶ GARCÍA M. et al., *Personalizar el mensaje online para construir marca. Aproximación conceptual.*, Universidad de Extremadura., Ref: AA30.1111.150, Área Abierta nº 30., España 2011

propio consumidor como también poco rentable para las empresas; eficacia y rentabilidad son entonces, términos que deben gobernar cualquier acción de marketing *one to one*. Principios como el marketing relacional, el marketing individualizado, la personalización, o la customización derivados del marketing *one to one* hacen referencia a tratar de forma distinta a clientes distintos para elevar su nivel de vinculación y lealtad con las empresas. Este es el principio que fundamenta el marketing personalizado más conocido como *one to one*, creado por Martha Roger y Don Peppers⁴⁸⁷ y que corresponde a “afinar las estrategias de segmentación hasta obtener perfiles muy bien delimitados de individuos o empresas con características parecidas pero también con un valor y una capacidad de recorrido similares para la compañía, para aplicar en ellos acciones comerciales y de marketing a la medida pero igualmente rentables”.

No obstante la creencia convencional de que Internet proporciona bienes y servicios uniformes estandarizados y producidos masivamente destinados a una supuesta demanda universal como lo afirma Rodríguez de las Heras⁴⁸⁸, Internet ofrece así mismo una gama de posibilidades de personalización inimaginables facilitando la recolección, gestión y transferencia de información que permite la elaboración de estrategias exitosas de negocios basados en la personalización, sin embargo, previene sobre las sutilezas que implica una invasión ilegal de la privacidad de los usuarios, no obstante tener en consideración el consentimiento del cliente. Recomienda hacer distinción entre aspectos relacionados con personalización, privacidad y anonimato.

Observa igualmente que la red, ese espacio que carece de supervisor centralizado con características de deslocalización natural y anonimato viable resulta peligroso para la impunidad, la anarquía e incertidumbre jurídica; situación que implica necesariamente una regulación ya sea en el ámbito internacional, nacional o una autorregulación mediada por

⁴⁸⁷ La Doctora Martha Roger es experta en estrategias de marketing y clientes. Coautora junto a Don Peppers de numerosos best-seller en torno al concepto “*one to one*” creado por ella. Es una firme defensora de impartir un trato diferente a cada cliente, puesto que, cada cliente es diferente. En GALLO Miguel., *No hay clientes “tipo” sino tipos de clientes.*, Daemon Quest., Profesor de EADA Fascículo 7/10., Madrid- España 2007, pp. 83 y ss.

⁴⁸⁸ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Ballell Teresa., “*Legal framework for personalization-based business models*”, En PAZOS-ARIAS, José J.; DELGADO KLOOS, Carlos; LÓPEZ NORES, Martín (Eds.), *Personalization of Interactive Multimedia Services: A Research and Development Perspective*, Nueva York: NOVA, 2009, pp.3-24.

códigos de conducta apropiados. Sin embargo, Rodríguez de las Heras al respecto considera que, la arquitectura tecnológica facilita el proceso de aplicación de la ley, por cuanto las nuevas tecnologías permiten desde la perspectiva y posibilidades de control, la monitorización, seguimiento de conductas, comportamientos, movimientos, búsquedas, acciones, decisiones y todo tipo de datos transaccionales.

Afirma igualmente que el acceso a un mercado electrónico puede ser controlado y que incluso la privacidad puede ser protegida con la ayuda de un software de apoyo, por ejemplo: P3P, Platform for Privacy Preferences. La personalización es una estrategia empresarial de creación de valor y los modelos de negocio fundados en servicios personalizados recopilan y procesan datos sensibles a partir de información sobre los hábitos y preferencias de los usuarios suministrados por los registros de búsqueda, de navegación o a través de perfiles elaborados por dispositivos invisibles de captura de datos (las “cookies”).

En términos generales considera la autora, que obtener demasiada información con el propósito de personalizar lleva implícito una invasión ilegal de la intimidad, pero el anonimato absoluto se opone e impide proporcionar servicios personalizados. Privacidad en lugar de anonimato, debe interpretarse como el derecho a controlar los datos personales y cualquier otra información relacionada con preferencias, comportamientos e intereses. El problema no es de límites, es de control de la información. La privacidad no significa un derecho al total anonimato; la privacidad y el anonimato son conciliables frente a objetivos de política pública asociados por ejemplo a fraude financiero o infracciones a los derechos de autor.

Una adecuada ponderación que equilibre estrategias de personalización y el respeto por la intimidad como capacidad de personalización constituye una poderosa ventaja competitiva en el e-marketing. Los espacios personalizados se están operacionalizando en torno a comunidades virtuales, redes sociales y otros. Las empresas son conscientes de la demanda de estrategias basadas en la personalización, el marketing por recomendación, diseño de perfiles etc.

6.6.2. La Fidelización.

Los mercados actuales tienen como característica distintiva ser muy competitivos en razón a la amplitud de oferta y por la gran variedad de gamas y familias que se ofrecen de un mismo producto, es decir, existen varias marcas del mismo producto con poca diferenciación de marketing a precios muy similares con igual distribución y dirigidos a un mismo público. Con base en lo anterior, aquella marca que acierte en sus formas de ofrecer un producto en un momento determinado y que sabe seducir al cliente es la marca que consigue vender y fidelizar al consumidor, por lo tanto *fidelización*⁴⁸⁹ es la capacidad que tiene una marca de seducir y de crear vínculos con los clientes promoviendo repeticiones de compra.

Las dificultades de captar, retener y fidelizar a través de la Red han generado tres tipos de estrategias de marketing en Internet que deben complementarse: *Marketing de atracción*. Corresponde a generar visitas y repetición de visitas. Esta estrategia pone en marcha acciones de presencia en buscadores y motores de búsqueda, campañas de publicidad *online* y, en menor medida generación de tráfico por programas de afiliación, intercambio de enlaces, captación de visitas como resultado de intervenciones en foros *online* y acciones *offline*. *Marketing de retención*. Hace referencia a crear motivos para que el visitante y el cliente permanezcan en la *website*. Esta estrategia implica tener en cuenta tres elementos importantes: los contenidos del *website*-dinamismo, actualización y adaptación al *target*, la *usability*-arquitectura, estructura y criterios de navegabilidad- y las promociones internas. Permanecer más tiempo permite conocer más a fondo el *website*, acceder a más información y familiarizarse con su uso, lo que se transforma normalmente en un alto poder de fidelización. *Marketing de recomendación*. Es conseguir que el cliente satisfecho actúe como prescriptor y dé comienzo al nuevo ciclo. Esta estrategia se apoya normalmente en marketing viral; es decir, en formas estudiadas de generación de Red por parte de nuestros usuarios y/o clientes. El marketing viral genera automáticamente acciones

⁴⁸⁹ CUESTA Félix., ALONSO Manuel A., *Marketing directo 2.0. Como vender más en un entorno digital.*, Ed. gestión 2000., Barcelona 2010.

de recomendación espontánea, o bien puede ser el resultado de programas específicos de incentivación.⁴⁹⁰

Las fases para alcanzar la fidelización se inician entonces con el usuario como protagonista, partiendo de un proceso de personalización, generando experiencias satisfactorias para finalmente alcanzar la lealtad y la fidelización a la marca como uno de los principales retos del siglo XXI. El Marketing relacional se ha convertido en el gran protagonista del entorno empresarial como estrategia que no solo nos ayuda a conocer a los clientes en profundidad, sino a conservarlos, por ejemplo las tarjetas de fidelización (VIPS, Iberia Plus, etc.). Es importante evitar caer en el error de confundir un cliente fiel con un cliente cautivo, es decir, aquel que se atrae únicamente a través de promociones. Mientras que el primero es inevitablemente fiel a la marca, el segundo, sencillamente no lo es; mientras el primero premia con su confianza, el segundo tristemente castiga con su indiferencia cuando termina la promoción.⁴⁹¹

Posterior a la fase de *personalización* el cliente cuenta con un nivel de satisfacción muy alto, con una gran confianza en la empresa y con cierto nivel de orgullo y pertenencia que le permite ir pasando de considerar la empresa como una alternativa a verla como la alternativa, luego como la mejor alternativa y finalmente como la única alternativa. Es este el momento de pedir al cliente con cierta garantía de éxito que ejerza su influencia en el mercado a favor de la empresa, pues hacerlo antes de este momento mediante estrategias de MGM (*Member Gest Member*) puede ocasionar el ingreso de clientes que no responden al perfil deseado; pues el cliente, más allá de movilizarse por convicción, pensando en hacer un “favor” a alguien cercano a él puede hacerlo motivado por los incentivos de la campaña, lo que puede generar referencias de clientes que no son los adecuados para los objetivos del proceso que se está describiendo, afectando la rentabilidad y eficiencia porque sus perfiles resultan no ser los adecuados y deseados.⁴⁹²

⁴⁹⁰ MUÑIZ G. Rafael., *Marketing en el siglo XXI.*, 3ª edición., capítulo 13., *Marketing en Internet y las nuevas tecnologías.*, Disponible en: www.marketing-xxi.com. 2010

⁴⁹¹ MUÑIZ G. Rafael., *Marketing en el siglo XXI.*, 3ª edición., capítulo 1., *op. cit.* 2010

⁴⁹² CUESTA Félix., ALONSO Manuel A., *op. cit.*, p. 99 y ss.

Como se dijo anteriormente, es el momento de movilizar el cliente Bluetooth, que en raras ocasiones actuará de forma espontánea, y potenciar sus facultades como vendedor, pues mientras la opinión negativa es espontánea, la opinión positiva lleva su tiempo y debe ser estimulada. Es fundamental que el cliente se sienta, además de satisfecho con el servicio que recibe, orgulloso de ser cliente, para lo cual es necesario tener la marca bien posicionada en el mercado, de modo tal que, cuando el cliente se enorgullezca ante sus amigos y familiares de ser cliente de una determinada empresa, el nombre de ésta sea reconocido de manera inmediata por los receptores de la opinión positiva, lo que hará que el efecto sea más impactante.

Se dispone de otras estrategias como por ejemplo las células de fidelización constituidas por los mismos clientes con algunos clientes de la empresa y por clientes nuevos. Clientes que tienen como condición mantenerse activos para que la célula sea válida, multiplicando la red de ventas e incrementando la red de clientes satisfechos.

La fidelización como medida del éxito en el e-marketing ha sido abordada desde la denominación del “Darwinismo digital” fenómeno que comparte la teoría de la selección natural y la Ley del más fuerte, es decir, que los sitios webs más débiles desaparecen del contexto digital. Apreciación que contribuye a fortalecer la necesidad de fidelización del cliente y que se sustentan en la conocida regla 20:80 y que permite afirmar que el 20% de los clientes genera el 80% de las interacciones con un sitio web, y cuestionar si son rentables los clientes fidelizados hacia el e-marketing. La respuesta con Reichheld⁴⁹³ es afirmativa. Son los clientes fidelizados los más rentables en Internet, y las razones obedecen a que para la empresa es más costoso obtener una compra de un cliente nuevo que la de un cliente fiel, pues el valor que genera un cliente fiel se resume en una serie de beneficios como son: 1. El beneficio de base por la repetición de la compra; 2. El incremento de beneficio por el aumento en el volumen de compras y la compra de otros productos de la empresa (ingresos); 3. El ahorro en costes operativos que supone se derivan

⁴⁹³ CASTAÑEDA G., *La fidelidad en Internet*. En GUTIÉRREZ A., SÁNCHEZ F.M., *Marketing en Internet. Estrategia y empresa*., Ed. Pirámide., Madrid 2005., pp., 237 y Ss.

de un cliente fiel; 4. El conjunto de clientes nuevos que se supone atrae con sus comentarios y opiniones positivas y 5. El incremento de precio que podría estar dispuesto a asumir un cliente fidelizado.

Concluyendo, las empresas en el entorno de e-marketing no solo necesitan atraer a nuevos clientes, sino que deben también retenerlos. Las empresas *online* deben evolucionar y replantear sus objetivos desde la atracción de clientes a la retención de los actuales.

6.6.3. Personalizar para Fidelizar.

La diferenciación de las mercancías que ofrecen las empresas y su correspondiente valor agregado con la finalidad de obtener una ventaja competitiva⁴⁹⁴ sostenida en el tiempo apunta a que el visitante de una web corporativa se convierta en cliente habitual de la empresa, es decir, que sea fiel a la marca. Esta fidelidad se refiere al hecho de que la visita a la web sea continuada y no puntual. La mayoría de las acciones de *e-branding* (proceso de creación del valor de marca), sean a corto o largo plazo, buscan que el usuario se familiarice con la marca y se sienta parte de ella.⁴⁹⁵

Ahora bien, la personalización como acción de *branding* tiene como propósito fomentar las relaciones a largo plazo entre la organización y el usuario y, solo cuando la marca ha conseguido la fidelidad del cliente a través del dialogo con él, el *e-branding* empieza a ser efectivo. Las empresas no deben esperar a complacer a los usuarios online para después fidelizarlos, pues la fidelidad que los usuarios tengan a la marca offline también es determinante para la web. Ambos entornos online y offline deben ir de la mano en la construcción de vínculos sostenidos en el tiempo. No obstante que la personalización entendida como la posibilidad de diseñar a medida del cliente el entorno en el ordenador, y

⁴⁹⁴ Una ventaja competitiva, puede ser definida como un desempeño superior con relación a los competidores que cumple condiciones de ser importante para el consumidor, ser percibida por él y además ser sostenible. En: CARRILLO et al. *Comunicación integral y Responsabilidad Social en las Organizaciones*. Prentice Hall., México 2009.

⁴⁹⁵ GARCÍA GARCÍA María; CASTILLO DÍAZ Ana; CARRILLO DURÁN Victoria; Personalizar el mensaje online para construir marca. Aproximación conceptual., Universidad de Extremadura., Ref. AA30.1111.150., Área Abierta nº 30., Noviembre 2011. P. 14 y ss.

Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/ARAB/article/view/37839/36614>

los productos o servicios ofrecidos en la web (personalización exógena o externa), se observa que, la relación positiva entre la personalización de los productos y la satisfacción del cliente tienen una influencia positiva en la lealtad.

La lealtad del cliente determinaría la continua retroalimentación de la cadena de valor de servicio, demostrando ser el resultado de los esfuerzos internos por mejorar la relación con el cliente construyendo confianza e identidad de marca. La lealtad no se construye con tecnología sino a través de una consistente experiencia superior del cliente. Internet es una herramienta poderosa para alargar las relaciones con los clientes; pero las reglas básicas al construir lealtad no han cambiado. Al fomentar la repetición de compras de clientes rentables las compañías pueden iniciar ventajas con base en una espiral económica, por ejemplo, las ventas *online* de Dell. El efecto de lealtad hace posible que las compañías compensen a sus empleados más generosamente, provea a los inversores con flujos de caja superiores para que reinviertan más agresivamente y se incremente el valor ofrecido a los clientes.⁴⁹⁶

6.7 Social Media Marketing (SMM)

“Internet hace posible tener conversaciones entre seres humanos que simplemente eran imposibles en la era de los medios masivos de comunicación.”

Manifiesto Cluetrain.

Marshall McLuhan pronosticó que la clave en la publicidad es lo hecho a la medida. Esta visión se traduce en un principio clásico del marketing que dicta que hay que ver en cada persona un cliente y ver en cada cliente una persona. Bajo esta directriz se empezaron a crear en las empresas las denominadas bases de datos que permiten distinguir tipos de clientes con distintas necesidades adaptando los elementos (comunicación, mercadeo, promoción, etc.) del marketing a cada uno de esos segmentos. Los Social Media multiplican este efecto de tal manera que se puede conversar individualmente con todos los

⁴⁹⁶ CARBALLO A. Yanina., *Marketing online.*, Universidad Autónoma de Entre Rios (UADER)., Facultad de Ciencias de la Gestión., noviembre 2007.

clientes de una empresa de forma única y personalizada porque los SSM son herramientas de comunicación que permiten escuchar y hablar con el cliente.

Desde un enfoque técnico los SMM pueden describirse como plataformas de publicación de contenido donde emisor y receptor se confunden en capacidades y funciones permitiendo a los usuarios tomar las decisiones de los contenidos que se publican, como se clasifican y como se distribuyen. Así entonces, los usuarios se convierten en personas influyentes cuya agenda temática está supeditada a las circunstancias personales y/o profesionales de cada uno.⁴⁹⁷

Los SMM corresponden entonces a aquella variante de la disciplina del marketing cuya estrategia gira en torno a la utilización de herramientas web 2.0 basadas en la participación social y en la inteligencia colaborativa. La acepción en castellano es la equivalente a “*marketing en medios sociales*” y su actividad no solo se concentra en redes sociales como Facebook, LinkedIn, MySpace o Twitter y otras sino que lo hace en todas las herramientas ya descritas anteriormente a través de su utilización integral en todos los niveles de la organización.

Los Social Media se refieren a las tecnologías y prácticas *online* utilizadas por las personas para compartir opiniones, experiencias y perspectivas con la gente. El nuevo modelo de comunicación *online* es la conversación en comunidad. Surgen entonces las redes sociales con las cuales la vida real llega al mundo *online*. Así entonces, las redes sociales son los usuarios no la plataforma. Las actividades que integran la interacción social, la tecnología y los contenidos que se comparten a través de la web 2.0 corresponden entonces a las redes sociales, blogs, microblogs, videoblogs, podcast, comunidades *online*, etc. Como elementos de la social media pueden mencionarse entonces la facilidad de acceso, la participación, la personalización al gusto del usuario, la conversación entre

⁴⁹⁷GARCÍA ARCONES, María. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Departamento de Informática. Universidad Carlos III de Madrid. pp.4-5. 2010.

otros.⁴⁹⁸ Los Social Media permiten la operacionalización de herramientas como las redes sociales ya que para que este tipo de relaciones tengan lugar o existan requiere de un elemento tecnológico complicado en su programación aunque sencillo en su desarrollo que las soporte y les conceda la existencia. La característica más llamativa de los Social Media es la capacidad viral que adquieren sus contenidos y desde un punto de vista empresarial la relevancia que puede darse actividades como la compra, consumo o captación de la atención.

EL proceso generado por los Social Media implica tres tipos de personas claves para la propagación del mensaje: Los conectores, los *mavens* y los vendedores. De acuerdo a la clasificación realizada por Martínez-Priego⁴⁹⁹ Los *conectores*, son aquellos que ponen en contacto personas con intereses comunes y con necesidades recíprocas. Los *mavens*, son aquellos que poseen información privilegiada sobre un material cualquiera y tienen como objetivo compartirla. Los conectores que se sirven de los *mavens* para obtener información útil. Los *vendedores*, que se caracterizan por su capacidad de comunicación en la que dan especial importancia a las informaciones que los *mavens* han ofrecido a los conectores. Estos perfiles responden mayoritariamente a dos tipos de consumidores los innovadores y los *early adopters*; a quienes los Social Media les han dado el poder de influir en el 84% del total del mercado.

Un plan de marketing para los Social Media comprende: 1) una definición de objetivos que establecen los propósitos a corto y largo plazo para las acciones a realizar. 2) Escuchar a aquellas personas relacionadas con la empresa y el producto analizando sus contenidos y reacciones. 3) Desarrollar una identidad digital que consiste en crear presencia en los medios adecuados, y 4) Estrategias de corto y largo plazo para los procedimientos a realizar que permitan hacer realidad el *feedback* que se recibe en las conversaciones establecidas.

⁴⁹⁸DE JONG René., *Sácale Partido a Internet.*, Ed. PAPE S.L.U., Barcelona 2010., p. 273.

⁴⁹⁹Estos tres tipos de personas a los que se conoce como la Ley de los Especiales, constituyen la teoría desarrollada por Malcolm Gladwell en su libro *El Punto Clave*; un ensayo sociológico en el que se afirma que el factor crítico de toda transmisión de un mensaje es la naturaleza del mensajero. MARTINEZ-Priego Chema., *Escuchar a los social media.*, En Cortes Mark., *Del 1.0 al 2.0: Claves para entender el nuevo marketing (e-Book).*, E.d Bubock Publishing., España 2009., p. 106.

Con la aparición de las redes sociales y la web 2.0 la gente, el usuario o el cliente es quién manda en el medio digital y son ellos los que deciden lo que quieren ver, cuándo y dónde; quienes determinan en quién confiar. Lo que importa entonces es que la marca esté donde está la gente a la que quieren influir y ganar su confianza a través de las experiencias que genera y no con los mensajes; así lo expresa David Craig director general de la JWT (Agencia de publicidad líder en el mundo) cuando afirma: “Necesitamos *dejar de interrumpir a la gente en lo que está interesada para convertirnos en parte de lo que le interesa*”. E igualmente con la expresión: “*A las mariposas hábleles de flores*” de Vidal Sánchez⁵⁰⁰. Las marcas son más influyentes en la medida en que son más humanas, menos artificiales, más auténticas y más generosas. Antes el “boca a boca” se limitaba a las conversaciones entre amigos, vecinos o colegas en el mundo físico (el bar, el trabajo, la calle, etc.) Ahora ese “boca a boca”, (marketing por recomendación) es el medio más influyente de todos porque es auténtico y se extiende a cualquier parte del mundo en cuestión de segundos; además porque lo puede iniciar cualquier persona; no hace falta que sea un líder de opinión solo necesita tener acceso a la red.

Es esta la estructura social en red⁵⁰¹ en la que cualquier nodo es tan capaz como otro de transmitir un mensaje. La comunicación y la capacidad de influir no es de unos pocos, es de todos; así lo expresa Paul Pierre Lévy. Sociólogo y filósofo; “*Nadie sabe todo. Todos sabemos algo. Todo el conocimiento reside en las redes. ¡Bienvenidos a la inteligencia colectiva.*”⁵⁰²

⁵⁰⁰ Disponible en: www.isaacvidal.blogspot.com , Nov. 2011, 14:00H

⁵⁰¹ El término sociedad red fue acuñado en 1991 por Jan Van Dijk en su obra, De Netwerkmatschappij (La Sociedad Red) - aunque sin duda quien ha contribuido a su mayor desarrollo y popularización ha sido Manuel Castells en La Sociedad Red el primer volumen de su trilogía La Era de la Información (Primer volumen de la obra completa, la era de la información: económica, sociedad y cultura., Alianza Editorial, Madrid 2005). En la Sociedad Red la realidad está construida por redes de información que procesan, almacenan y transmiten información sin restricciones de distancia, tiempo ni volumen. Esta nueva forma de entender el funcionamiento de la sociedad se basa en el fenómeno de la globalización, el cual se ha ido desarrollando gracias a Internet. En CASTELLS, M. “*Informationalism, Networks, And The Network Society: A Theoretical Blueprint*”. Ed., The Network Society: A Cross-Cultural Perspective. Northampton, MA: Edward Elgar.2004

⁵⁰² La inteligencia colectiva es una forma de inteligencia que surge de la colaboración y concurso de muchos individuos o seres vivos de una misma especie. Hoy es un término generalizado de la cibercultura o la sociedad del conocimiento. Aparece en una amplia variedad de formas de toma de decisiones consensuada en bacterias, animales, seres humanos y computadoras. Kropotkin es un referente temprano en su obra El apoyo mutuo, al referirse a la inteligencia colectiva de pequeños animales e insectos como abejas u hormigas.

6.7.1 Las Redes Sociales

Antes de hablar de la red social es preciso definir que es red, “definida como todo canal de transmisión de flujos de material, de energía o de información. La red es el elemento garantizador de la función comunicativa del mercado, es el enlace entre los sujetos intervinientes en su estructura y operativa. El elemento de Internet como soporte del mercado permite que las redes y el protocolo de comunicación sea el ofrecido por esta red mundial, abaratándose extraordinariamente los costes de infraestructura y ampliando enormemente la operabilidad”.⁵⁰³

Afirma Rodríguez de las Heras⁵⁰⁴, que los modelos de negocio se han adaptado con creatividad a las nuevas coordenadas con que la evolución económica ha ido marcando a lo largo de la historia el ritmo de la competencia y la cooperación.

Boyd y Ellison⁵⁰⁵ definen la red social como un servicio que permite a los individuos: construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado, así como articular una lista de otros usuarios con los que comparten una conexión y además ver y recorrer su lista de conexiones y de las realizadas por otros dentro del sistema. No

Pero el estudio de la inteligencia colectiva puede ser considerado más destacadamente dentro del subcampo de la Sociología, de las ciencias de la computación y del comportamiento de masas, un campo que estudia el comportamiento colectivo desde el nivel de quarks hasta el nivel de las bacterias, plantas, animales y sociedades humanas. Tal definición surge de los trabajos de Peter Russell (1983), Tom Atlee (1993), Pierre Lévy (1997), Howard Bloom (1995), Francis Heylighen (1995), Douglas Engelbart, Cliff Joslyn, Ron Dembo, Gottfried Mayer-Kress (2003) y otros teóricos. La inteligencia colectiva es mencionada como inteligencia simbiótica por Norman Lloyd Johnson. Mientras que Tom Atlee prefiere enfocarse en la inteligencia colectiva fundamentalmente en humanos y trabaja activamente sobre lo que Howard Bloom llamó "el CI grupal". Atlee percibe que la inteligencia colectiva puede ser fomentada "para superar el 'pensamiento de grupo' y los sesgos cognitivos individuales para permitir a un colectivo cooperar en un proceso mientras alcanza un rendimiento intelectual mejorado".

George Pór definió el fenómeno de la inteligencia colectiva como "la capacidad de las comunidades humanas de evolucionar hacia un orden de una complejidad y armonía mayor, tanto por medio de mecanismos de innovación como de diferenciación e integración, competencia y colaboración." Tom Atlee y George Pór sostienen que "la inteligencia colectiva también involucra alcanzar un foco de atención único y un estándar de métrica que provee un umbral apropiado de acción". Su aproximación surge en la metáfora de la comunidad científica. En ROSALES Pere., *Estrategia Digital: Como usar las nuevas tecnologías mejor que la competencia...*, Ed. DEUSTO., Barcelona 2010., p. 83. Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Inteligencia_colectiva.

⁵⁰³ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Ballell, Teresa., *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrado (e-marketplaces)*. Pág. 83. Marcial Pons. Madrid 2006,

⁵⁰⁴ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Ballell, Teresa., Op. Cit. pág. 84

⁵⁰⁵ BOYD D. M. & ELLISON N. B., *Social network sites: Definition, history, and scholarship.*, *Journal of computer-Mediated Communication*, 13, article 11. En: FLORES CUETO, Juan José (Dir.), MORÁN CORSO, Jorge Joseph (Coor.), y RODRÍGUEZ VILA, Juan José., *Las Redes Sociales.*, Boletín electrónico de la Unidad de visualización Académica-UVA-, Universidad de San Martín de Porres- USMP. Enlace virtual-Ed. n°1, Lima-Perú, octubre 2009.

existe una definición consensuada, pero cuando se habla de redes sociales, se hace referencia a las plataformas online desde las que los usuarios registrados pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o videos, permitiendo que esas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo. Las Redes Sociales se remontan a 1995 con Randy Conrads y la creación de “classmates.com”, posteriormente en el 2002 comienzan a aparecer sitios Web que promocionan las redes de círculos de amigos en línea (Friendster o Fotolog), para el año 2003 circulan MySpace, Xing, LinkedIn, Hi5 o Secondlife y en el 2006 la popularidad de las Redes Sociales crece exponencialmente con Facebook, Twitter o Tuenti ⁵⁰⁶

Los Servicios de Red Social (SRS) jurídicamente definidas, corresponden a servicios de la Sociedad de la Información (art. 1, apartado 2 de la Directiva 98/48/CE) que se caracterizan porque los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o “perfil”; poner a disposición del usuario herramientas que le facilitan subir sus propios contenidos en línea (Fotografías, crónicas, comentarios, música, videos o enlaces hacia otros sitios; las SRS operan con la utilización de herramientas que proporcionan listas de contactos para cada usuario con los que pueden interactuar. Los SRS generan sus ingresos con la publicidad que se difunde en las páginas Web que los usuarios crean y a las que acceden. Aquellos usuarios que publican en sus perfiles mucha información sobre sus intereses ofrecen un mercado depurado a quienes desean difundir publicidad específica con base en esta información. De ahí la importancia de que los SRS funcionen respetando los derechos y libertades de los usuarios, que tienen la expectativa legítima de que los datos personales que revelan sean tratados de acuerdo con la legislación europea y nacional relativa a la Protección de Datos y de la intimidad.⁵⁰⁷

Una estrategia *social media* permite actuar en todos los ciclos de vida del consumidor. Es famoso el estudio realizado por Stanley Milgram en 1967, profesor de la

⁵⁰⁶BURGOS Carmen. *Cookies y Redes Sociales*. Linklaters 2012

⁵⁰⁷GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. *Dictamen 5/2009 sobre las Redes Sociales en línea*. 01189/09/ES WP 163. Grupo creado por el art. 29 de la Directiva 95/46/CE. Organismo de la UE con carácter consultivo e independiente para la Protección de Datos.

Universidad de Harvard, quién formula la teoría de los seis grados de separación en la que se fundamentan todas las redes sociales. El estudio tiene como base una serie de aplicaciones matemáticas para el desarrollo de una investigación cuyo propósito es medir la “distancia” que existía entre dos seres humanos elegidos aleatoriamente en los Estados Unidos. Esta distancia se entiende como la cantidad de conocidos que hacían falta para establecer una conexión entre dos desconocidos. Los resultados del estudio mostraron que la media de envíos (cartas) necesarios para que se diera esa conexión fue de 5.5. El número mágico se confirmó como seis cuando en el 2001, Duncan Watts, de la Universidad de Columbia, realizó el experimento de Milgram usando el correo electrónico. De nuevo el número medio (no el máximo) fue precisamente seis. Sobre este concepto se desarrolla la relación interpersonal de cualquier red social (Facebook, LinkedIn, MySpace, Twitter); en solo seis saltos se puede llegar a establecer contacto con cualquier persona del mundo. Esto, en lo referente al aspecto cualitativo; en lo cuantitativo si observamos los usuarios acumulados por las principales redes sociales, entenderemos el fenómeno de marketing que se está generando en torno a ellas.

En conclusión el experimento de Milgram que consiste básicamente en seleccionar al azar varias personas para que envíen una postal a un desconocido encontrando como resultado que la entrega de la misma solo llevó como promedio entre cinco y siete intermediarios, concluye en el principio de la teoría de los seis grados de separación que tiene como base la idea de que el número de conocidos crece exponencialmente con el número de enlaces en la cadena y tan solo un número pequeño de enlaces son necesarios para que el conjunto de conocidos se convierta en la población humana entera.

Frente a la diversidad de funciones estructurales y sistemas dentro de la sociedad, las redes constituyen una forma de coordinación social que combina la independencia de los individuos como entes autónomos con la interdependencia en la inmensa diversidad de las sociedades contemporáneas; lo que incrementa la necesidad de integración dando como resultado las redes de cooperación e intercambio.

La información, ampliamente concebida como, comunicación del conocimiento, ha sido fundamental en todas las sociedades y el término *informacional* identifica el atributo de una forma específica de organización social, en la que la generación, el proceso y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y del poder. Debido al surgimiento de nuevas condiciones tecnológicas, una de las características de la nueva sociedad informacional es la lógica de interconexión de su estructura básica que explica el uso del concepto de sociedad en red. Castells⁵⁰⁸. Las redes sociales constituyen una estructura que organiza las formas de relación entre los *nodos* (personas) y la manera en que la información circula, se crea y se transforma entre ellos. Así entonces, una red implica una trama social con arquitectura descentralizada, abierta y cambiante donde no existe centralización de la decisión; la comunicación es multipunto y no sigue el sentido vertical; no hay jerarquías ni formas fijas de relacionarse, es rápida para re-estructurarse, conectar y desconectar nodos (personas). Las redes en tanto forma social no son históricamente nuevas, lo novedoso es el alcance global y la velocidad de los intercambios que posibilitan actualmente las redes electrónicas.

Desde un punto de vista del análisis formal de redes y utilizando elementos de la teoría de grafos y del álgebra de matrices, en las matemáticas y ciencias de la computación y del estudio de las propiedades de los grafos; (gráficas); un grafo se representa mediante una serie de puntos (los vértices) conectados por líneas (las aristas); razón por la cual constituye la base de la representación de cualquier identificación topológica en una red gracias a su facilidad para caracterizar y describir las relaciones. Así entonces, la red es un conjunto de nodos (puntos o vértices) que en el análisis social representa a los actores de la red unidos por líneas que identifican la relación o relaciones que los unen.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸CARDOZO CABAS Gina., *Historia del Concepto de Red Social*. Unidad de investigación Universidad Santo Tomás de Aquino. Bogotá. Colombia. 2009.

⁵⁰⁹CARDOZO CABAS Gina., *op. cit.*

6.7.1.1. Tipología de las redes sociales

Las redes sociales son abiertas por naturaleza puesto que su objetivo básico es agregar nodos⁵¹⁰ (personas) a la red y así aumentar el número de oportunidades de interconexión.

Se dispone de diferentes enfoques para clasificar las redes sociales, así entonces, de acuerdo a la estructura las redes sociales pueden ser: *Centralizadas, Descentralizadas y Distribuidas*⁵¹¹.

- *Centralizadas*: Los nodos se conectan a través de un único nodo que concentra y distribuye la información. Los nodos no se conocen entre sí sino a través del nodo central y si éste desaparece la red se pierde.

- *Descentralizada*: Replica la estructura anterior en varias redes centralizadas. La diferencia con la red centralizada es que la información no se concentra ya en un solo actor. El problema que presenta es que cuando se cae un nodo los que se conectan a la red a través de él quedan incomunicados.

- *Distribuidas*: Cualquier nodo se conecta con cualquier otro diseminando la información de forma más eficiente y logrando que la desaparición de un nodo no afecte de forma irrevocable la estructura de la red. Esta opción que plantea una topología descentralizada es la que describe mejor las topologías de las redes en Internet, en particular las redes sociales.

De acuerdo con la clasificación propuesta por Pablo Burgueño⁵¹² las redes sociales son fundamentalmente de dos tipos:

510 Nodos. Son puntos de centralización de las comunicaciones que se producen dentro del entorno. Son por ello, el elemento técnico que asegura la centralización de las comunicaciones y de las transacciones, gestionando así la multilateralidad del sistema. En RODRÍGUEZ DE LAS HERAS ballell, Teresa., *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrado (e- marketplaces)*. Pág. 83. Marcial Pons. Madrid 2006,

⁵¹¹CARDOZO CABAS Gina., *Historia del concepto de Red Social.*, Unidad de investigación Universidad Santo Tomas de Aquino., Bogotá – Colombia 2009.

⁵¹²<http://www.pabloburgueno.com/2009/03/clasificacion-de-redes-sociales/>, Dic. 20 de 2011, 11 :00H

- *Analógicas o Redes sociales Off-Line*: son aquellas en las que las relaciones sociales, con independencia de su origen, se desarrollan sin mediación de aparatos o sistemas electrónicos. Un ejemplo de red social analógica lo encontramos en la Sentencia núm. 325/2008 de 22 mayo de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) que la cita en un caso de adopción y acogimiento de menores indicando que el “matrimonio [...] cuenta con una amplia red social y familiar y gozan de buena salud [...]”.

- *Digitales o Redes sociales On-Line*: son aquellas que tienen su origen y se desarrollan a través de medios electrónicos. A continuación veremos algunos de los ejemplos más representativos.

La digitalización de las redes sociales es muy reciente y en poco tiempo se han convertido en el fenómeno mediático de mayor envergadura. Para comprender la nueva realidad social debemos conocer en profundidad los diferentes tipos de redes sociales digitales (en adelante, redes sociales) que operan en la Red y que permite clasificarlas de acuerdo al público y temática; al sujeto principal de la relación, a la localización geográfica, a la plataforma de desarrollo y de acuerdo a su uso.⁵¹³

a. *Por su público objetivo y temática:*

- *Redes sociales Horizontales*: son aquellas dirigidas a todo tipo de usuario y sin una temática definida. Se basan en una estructura de celdillas permitiendo la entrada y participación libre y genérica sin un fin definido, distinto del de generar masa. Los ejemplos más representativos del sector son Facebook, Orkut, Identi.ca, Twitter.
- *Redes sociales Verticales*: están concebidas sobre la base de un eje temático agregador. Su objetivo es el de congregar en torno a una temática definida a un colectivo concreto. En función de su especialización, pueden clasificarse a su vez en:

⁵¹³FLORES, C, MORAN, C. y RODRÍGUEZ, V., *Las Redes Sociales*. Boletín electrónico de la Unidad de Virtualización Académica – UVA. Universidad de San Martín de Porres. Lima-Perú., 2009

- *Redes sociales Verticales profesionales*: están dirigidas a generar relaciones profesionales entre los usuarios. Los ejemplos más representativos son Viadeo, Xing y LinkedIn.
- *Redes sociales Verticales de ocio*: su objetivo es congregar a colectivos que desarrollan actividades de ocio, deporte, usuarios de videojuegos, fans, etc. Los ejemplos más representativos son Wipley, Minube Dogster, Last.FM y Moterus.
- *Redes sociales Verticales mixtas*: ofrecen a usuarios y empresas un entorno específico para desarrollar actividades tanto profesionales como personales en torno a sus perfiles: Yuglo, Unience, PideCita, 11870.

b. *Por el sujeto principal de la relación:*

- *Redes sociales humanas*: son aquellas que centran su atención en fomentar las relaciones entre personas uniendo individuos según su perfil social y en función de sus gustos, aficiones, lugares de trabajo, viajes y actividades. Se conocen igualmente como Redes Sociales generalistas o de ocio y dependiendo de la finalidad o la temática se subclasifican en: Plataformas de intercambio de contenidos de información (Youtube), Redes Sociales basadas en perfiles (Facebook, Tuenti) o Redes de microbloggin o nanobloggin) Otros ejemplos de Redes Sociales humanas los encontramos en Koornk, Dopplr y Youare. Este tipo de Redes Sociales generalistas presentan un nivel de riesgo muy alto en contraste con las redes sociales profesionales en lo relativo a la privacidad e intimidad de los usuarios como consecuencia de la falta de conciencia de los usuarios de que sus datos son accesibles por cualquier persona; el potencial uso de los datos de manera ilícita; la cesión de derechos plena e ilimitada sobre contenidos que se alojen en la plataforma o cesión de información a terceros.⁵¹⁴
- *Redes sociales de contenidos*: las relaciones se desarrolla uniendo perfiles a través de contenido publicado, los objetos que posee el usuario o los archivos que se

⁵¹⁴BURGOS Carmen., *Cookies y Redes Sociales*. 2012

encuentran en su ordenador. Los ejemplos más significativos son Scribd, Flickr, Bebo, Friendster, Dipity, StumbleUpon y FileRide.

- Redes sociales de inertes objetos: conforman un sector novedoso entre las redes sociales. Su objeto es unir marcas, automóviles y lugares. Entre estas redes sociales destacan las de difuntos, siendo éstos los sujetos principales de la red. El ejemplo más llamativo es Respectance.
- c. *Por su localización geográfica:*
- Redes sociales sedentarias: este tipo de red social muta en función de las relaciones entre personas, los contenidos compartidos o los eventos creados. Ejemplos de este tipo de redes son: Rejaw, Blogger, Kwippy, Plaxo, Bitacoras.com, Plurk.
 - Redes sociales nómadas: a las características propias de las redes sociales sedentarias se le suma un nuevo factor de mutación o desarrollo basado en la localización geográfica del sujeto. Este tipo de redes se componen y recomponen a tenor de los sujetos que se hallen geográficamente cerca del lugar en el que se encuentra el usuario, los lugares que haya visitado o aquellos a los que tenga previsto acudir. Los ejemplos más destacados son: Foursquare, Gowalla, Latitude, Brighkite, Fire Eagle y Skout.
- d. *Por su plataforma:*
- Red Social MMORPG o MMOG (comunidad de aficionados a los juegos multiusuario online y Metaversos): normalmente construidos sobre una base técnica Cliente-Servidor (WOW, SecondLife, Lineage).
 - Red Social Web: su plataforma de desarrollo está basada en una estructura típica de web. Algunos ejemplos representativos son: MySpace, Friendfeed y Hi5.
- e. *De acuerdo a su uso:*
- Redes de generación de conocimiento: hace referencia a los procesos de creación de conocimiento.

- Redes de asimilación de conocimiento: se refieren a la integración o incorporación del conocimiento del proceso productivo.
- Transferencia de conocimiento: son aquellas dedicadas a los procesos de divulgación de los trabajos de investigación. Las redes de conocimiento se constituyen como las máximas formas de expresión y comunicación del hombre productor de conocimiento especialmente en la sociedad globalizada; surgen como respuesta a la necesidad de interacción de transferir lo que se aprende y crea en un contexto particular mediado por la tecnología. Las redes sociales de conocimiento están enfocadas a la producción, almacenamiento, distribución, transferencia, análisis y acceso al conocimiento producido de forma sistemática o con el afán de compartir datos soportados en un medio electrónico con el propósito de desarrollar capacidades de creación, entendimiento, estudio y transformación de la realidad en un ámbito territorial y en un contexto económico social determinado.

Se ha generado una explosión de redes sociales en todo el mundo, Myspace, Facebook, Twenti en España, que han revolucionado la forma en que la gente se comunica. Quienes se conectan a las redes sociales lo hacen porque les interesa la información que publica su lista de contactos; al tiempo que se generan contenidos que siguen sus amigos convirtiéndose en una plataforma que permite a la sociedad acceder a una información válida al margen de los medios tradicionales. Por ello es fundamental para las empresas entender que la comunicación y la publicidad convencional no resultan eficientes en este entorno. Las marcas no deben ser intrusivas, pues corren el riesgo de generar rechazo por parte de los usuarios que en el momento del impacto publicitario se encuentran relacionándose con sus amigos y no leyendo contenidos editoriales o blogs corporativos. Razón por la cual las redes sociales suponen un espacio muy atractivo para las marcas ya que los usuarios les prestan mayor dedicación que a la televisión o a la prensa. La creación de páginas, grupos, comunidades o aplicaciones para promocionar una marca o una empresa por parte de los profesionales del e-marketing ayudan a interactuar con los usuarios, entablar conversaciones con ellos y construir valor para la marca. Es conveniente publicar información exclusiva que no se ofrezca en la red corporativa con regularidad. El

tipo de información que debe publicar la empresa en una red social debe estar totalmente adaptada al *target* y a las particularidades de dicha red. Quien se encargue de gestionar la imagen de la empresa en las redes sociales, no solo ha de conocer la marca y la estrategia a seguir, sino que ha de convertirse en un usuario intensivo de estas redes, para no desentonar con la forma en que los usuarios se mueven en ella.⁵¹⁵ La forma de hacer presencia de marca en la red es contratando campañas de publicidad muy segmentadas pues se dispone de abundante información del usuario-cliente y todas las visitas se hacen mediante identificación previa, construyendo una identidad para la marca mediante un perfil o página en las que un *community manager* vuelca contenidos de interés para la red y facilita la conversación con sus miembros; desarrollando aplicaciones que mejoren la experiencia del usuario en la red y que obtengan viralidad aportando diversión (juegos), utilidad (aplicaciones Web) y/o facilitando el encuentro entre los usuarios (aplicaciones sociales); participando y/o creando espacios de comunidad como por ejemplo, grupos referidos a las temáticas que afectan a la marca o a sus consumidores; conectando el espacio de marca con las redes sociales mediante los sistemas que proporcionan como Facebook Connet o Google Friend Conté.⁵¹⁶

Desde el punto de vista jurídico-legal se han identificado unos momentos críticos (al registrarse) y unos colectivos especialmente vulnerables (menores e incapaces) específicamente relacionados con la solicitud de datos no obligatorios pero excesivos, un grado de publicidad demasiado elevado del perfil del usuario, finalidad de los datos no determinada, transferencia internacional de datos; Publicación excesiva de información personal; instalación de cookies sin conocimiento del usuario, información cedida a terceros; perfil indexado automáticamente por los buscadores de Internet; imposibilidad de realizar la baja efectiva del servicio; conservación de datos; recepción de publicidad no solicitada y dificultades al momento de ejercer el derecho de cancelación. Con respecto a los menores de edad no es muy claro o no se dispone de procedimientos que garanticen la

⁵¹⁵ MUÑIZ, GONZÁLEZ Rafael. *Marketing operativo en la red*. Disponible en: www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm. 2010.

⁵¹⁶ MUÑIZ, GONZÁLEZ Rafael. *op. cit.* 2010.

identificación de la edad de los usuarios, el consentimiento de los padres o tutores al momento de recabar datos a menores.

Frente a lo anterior resulta instructivo el Dictamen 5/2009 sobre Redes Sociales en línea del Grupo de trabajo sobre Protección de Datos que identifica como objeto y naturaleza de los SRS obedece a la tendencia creciente de pasar de una Web 2.0 para el ocio a la Web 2.0 para la productividad y los servicios, esto implica que las actividades de algunos usuarios pueden superar la actividad puramente personal o *doméstica* para hacer uso de la plataforma en nombre de una empresa o asociación con fines comerciales, políticos o sociales. En este caso, el usuario asume la responsabilidad que la ley establece para quienes son responsables del tratamiento de datos que revela datos a otro responsable y a terceros. En tales circunstancias el usuario requiere del consentimiento de las personas interesadas en los términos que figure en la regulación vigente.

En el evento en el que las actividades de un servicio de red social (SRS) no están cubiertos por la exención de “ámbito doméstico”, es decir, cuando el acceso se sale de la esfera personal o doméstica porque la información del perfil se amplía hasta más allá de los contactos seleccionados, cuando los datos son indexables por motores de búsqueda, Así mismo si el usuario toma la decisión informada de ampliar el acceso más allá de los “amigos” seleccionados, las responsabilidades inherentes a un responsable de datos se activan. Se advierte igualmente que frente a la publicación de datos sensibles (origen racial o étnico, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, la pertenencia a un sindicato o datos relativos a la salud o a la vida sexual) y que no obstante se aplique la “exención doméstica”, el usuario podría ser responsable, de acuerdo con las disposiciones generales de la legislación civil o penal, por difamación, suplantación de personalidad, responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad penal.⁵¹⁷

⁵¹⁷FEMEVAL: *Tendencias y marco legal en el Marketing Digital y Web 2.0.*, E-marzo auditores y abogados nuevas tecnologías. S.F. España.

Otros aspectos regulatorios sobre el Servicio de Redes Sociales (SRS) se pueden consultar en el *Memorandum de Roma*,⁵¹⁸ donde se analizan los riesgos a la intimidad y a la seguridad que presentan las Redes Sociales y proporciona directrices a los reguladores, proveedores y usuarios, Así mismo, el documento de orientación publicado en el 2007 por la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA), titulado “*Cuestiones de seguridad y recomendaciones para las Redes Sociales en Línea*”⁵¹⁹ destinado a los reguladores y proveedores de redes sociales⁵²⁰ y la Resolución sobre protección de la vida privada en los servicios de Redes Sociales.⁵²¹

6.7.2. Comunidades *online*⁵²²

Las redes sociales propician la interacción de miles de personas en tiempo real con base en un sistema global de relaciones entre individuos basados en la estructura social. Si tenemos en cuenta que toda actividad humana genera consecuencias jurídicas, podemos afirmar que las redes sociales no son otra cosa que máquinas sociales diseñadas para fabricar situaciones, relaciones y conflictos con multitud de efectos jurídicos.

Las comunidades existen desde que existe la humanidad y las comunidades virtuales desde que existe Internet. El sentido de pertenencia y aceptación social es una necesidad humana básica y no ha cambiado en miles de años, tal y como se ilustró en la clasificación de las necesidades humanas propuesta por Maslow.

Las comunidades *online* aparecen en el siglo XX hacia la década de los setenta aunque solo se desarrollan hasta los años noventa en forma exponencial extendiéndose al

⁵¹⁸ Disponible en: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_en.htm

⁵¹⁹ Disponible en: http://www.enisa.europa.eu/doc/pdf/deliverables/enisa_pp_social_networks.pdf

⁵²⁰ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. *Dictamen 5/2009 sobre las Redes Sociales en línea*. 01189/09/ES WP 163. Grupo creado por el art. 29 de la Directiva 95/46/CE. Organismo de la UE con carácter consultivo e independiente para la Protección de Datos.

⁵²¹ Disponible en: http://www.datenschutzberlin.de/attachements/461/WP_social_network_services.pdf Adoptada en Estrasburgo en 2008 en la 30 Conferencia Internacional de los Comisarios responsables de la protección de datos y la vida privada.

http://www.privacyconference2008.org/adopted_resolutios/STRASBOURG2008/resolution_social_networks_en.pdf

⁵²² ROSALES Pere., *Estrategia digital. Como usar las nuevas tecnologías mejor que la competencia.*, Ed. POPF S.L.U., Barcelona 2010., p. 97 y Ss.

público en general gracias al nacimiento del World Wide Web (WWW) y a la generalización del correo electrónico, los chats y la mensajería instantánea.

Las comunidades virtuales son espacios de colaboración entre miembros que tienen un rasgo común o lo desarrollan y que los identifican generando pertenencia a dicho grupo. A diferencia de las redes sociales donde es crucial la relación que se establece entre sus miembros.

Las comunidades añaden alguna peculiaridad racional y/o emocional que está determinada por su misión; así por ejemplo Facebook o LinkedIn son redes sociales y los grupos que se forman gracias a ellos pueden llegar a ser comunidades. Las comunidades virtuales permiten interactuar grupos muy segmentados en función de características concretas a los que se puede llegar de forma sencilla e individual; La importancia de las comunidades virtuales no solo radica en la comunicación con grupos muy específicos de personas sino que ayudan a reunirlos alrededor de conceptos abstractos que forman parte de la personalidad de una marca. Así entonces, es importante precisar que tras las comunidades no se encuentra únicamente una web con la posibilidad de construir un perfil, agregar amigos, unirse a grupos, subir fotografías o comenzar un debate, sino que la comunidad genera un espacio de interacción entre los usuarios a los que tiene que proporcionarles un valor que dé sentido al tiempo que éste pueda dedicarles. Para que una comunidad funcione y aporte valor a la organización debe tener sentido para sus miembros, esto es, debe conectar personas con las mismas aspiraciones y formas de entender su identidad, de esta manera la propia interacción de los miembros genera un sentido de pertenencia y lealtad recíproca.

El enfoque conceptual de una comunidad *online* es muy claro: *Un lugar virtual donde ampliar nuestra red de contactos*. Las comunidades aunque tienen en común la interacción social y el *networking* son útiles para algo más que conectar personas; sirven para ganar su afecto y preferencia, razón por la cual se constituyen en un potente instrumento de marketing, por lo cual se denominan “*communiting*” (comunidades y marketing), comunidades de marca. El significado de *communiting* proviene de

“comunidad” y “marketing”, e implica que el concepto de comunidad hace referencia especialmente al factor psicológico como elemento básico del sentido de comunidad, es decir, aquella sensación de formar parte de un grupo, o ese sentimiento compartido en el que las necesidades colectivas serán atendidas bajo un compromiso cooperativo entre todos sus integrantes. Así lo definen Sarason y McMillan y Chavis⁵²³. Si a esta sensación le sumamos la esencia del marketing, entendido como “el arte o la ciencia de satisfacer las necesidades de los clientes y obtener ganancias al mismo tiempo”, el resultado es lo que nos define *communiting* y que equivale al valor recíproco, duradero y creciente que se produce al capitalizar el vínculo emocional entre un grupo de personas y una marca a lo largo del tiempo. En algunos casos, las redes ofrecen a las marcas un mayor control sobre su presencia y permiten adaptar el diseño de la página a las necesidades y preferencias de la empresa. En estos casos hay un costo económico y una cantidad a negociar con la red. En todo caso, una forma de estar presente en la red, incluso, si la marca ya tiene un espacio de comunidad propio en la Web corporativa, es participar en las comunidades ya creadas por los usuarios. Escuchar lo que dicen los usuarios y aportar el punto de vista de la marca, puede tener un gran impacto si el mensaje es relevante y transmite de forma sincera la intención de la marca de estar abierta a lo que los clientes piden.

El *community manager*⁵²⁴ es uno de los principales y más íntimos contactos que los usuarios pueden tener con una marca, por esta razón las formas en el trato, el tono, la velocidad de respuesta etc., son puntos clave para el desempeño de este importante contacto en el tipo de relación descrita anteriormente para las comunidades virtuales o comunidades online. El community manager tiene atribuciones en el ámbito comercial de una empresa como gestor de relación con el cliente, actividad que realiza gracias a su conocimiento de las inquietudes y quejas de los clientes ante determinados productos o servicios como también por ser conocedor de las características de los productos que se ofertan y que le facilitan la adecuación producto-necesidad; aspectos decisivos para la venta y fidelización

⁵²³McMILLAN B, & CHAVIS D., *Sense of community: a definition and theory*. Journal of Community Psychology., pp. 6-23

⁵²⁴MARTÍNEZ Priego Chema., *Ser un community manager*. En *Claves del Nuevo marketing*., Ed. Gestión 2000., Barcelona 2009., pp. 133 y Ss.

del cliente. El community manager desarrolla una función muy importante como socializador de los usuarios hasta el momento en que la comunidad se hace autosuficiente e igualmente como detector y facilitador de oportunidades por ser quién escucha y genera respuestas a la comunidad detectando las necesidades funcionales y sociales de cada grupo y para cada uno de sus miembros.

El community manager es igualmente aquel contacto en una comunidad *online* que programa incentivos para garantizar la continuidad y actividad de los usuarios de la vida comunitaria. Por lo anterior, resulta complicado conseguir que un community manager surja única y exclusivamente por poseer amplios conocimientos de marketing, gestión de clientes, gestión del conocimiento etc. Es necesario además que conozca en profundidad los medios sociales de los que ya se ha hablado en detalle anteriormente. El community manager debe procurar igualmente la identidad digital para garantizar tener presencia y reconocimiento de la marca en los medios sociales e interactuar con los usuarios.

6.8 Blogs corporativos (*corporate blogging*):

El término *blog* proviene del inglés *log* (bitácora o diario de a bordo) y es la abreviación de *weblog*, término acuñado por Jorm Barrer en 1997. Corresponde a una Web actualizada frecuentemente, estructurada cronológicamente que ofrece información sobre uno o varios temas de manera informal y accesible, escrito por uno o varios autores y donde el más reciente aparece primero conservando el autor la libertad de dejar publicado lo que crea pertinente. Existen *weblogs* de tipo personal, periodísticos, empresariales o corporativos, tecnológicos etc. Los blogs corporativos se publican con el propósito de alcanzar los objetivos empresariales como el posicionamiento de la marca, de la firma y la comunicación interna donde los blogs actúan como herramienta de gestión del conocimiento y en la comunicación externa para reforzar las relaciones con grupos claves de clientes o *target*. Diseñar un blog solo requiere de conocimientos básicos de informática y de todas las herramientas gratuitas de desarrollo de blogs, la más famosa el Blogger (www.blogger.com) que también ofrece hospedaje gratuito pero no es recomendable para uso corporativo ya que los contenidos alojados en sus servidores pueden perderse; resulta

entonces más conveniente un sistema de publicación de Blogger de pago (www.weblogger.com). Los blogs se caracterizan por su simplicidad, ya que cualquiera que quiera registrar un comentario puede poner un blog en marcha en menos de cinco minutos, sin inversión y sin conocimientos técnicos. Crea corrientes de opinión al margen de los cauces tradicionales porque da voz a millones de personas que generalmente son expertos en algo, ofrecen un punto de vista y son buenos comunicadores. Por su formato y estilo de expresión los blogs estructuran su contenido en entradas fechadas, normalmente cortas, semejantes a los diarios y en un estilo muy similar al de los *e-mails* combinando una cierta reflexión con la inmediatez. En cuanto a credibilidad se puede afirmar que los nichos de audiencia que generan los blogs son especializados y fieles. La fidelidad se basa en la relación de confianza que se establece con el editor del blog, de ahí la importancia de respetar sus principios y aunque puedan convertirse en vehículos corporativos o comerciales las reglas han de mantenerse. Usado adecuadamente un blog permite el posicionamiento de la empresa como organización de expertos o al menos, en un lugar relevante. Por su ámbito social, los blogs permiten al lector participar de forma pública, gratuita y en tiempo real, de modo que cualquier lector puede conocer la opinión de todo el que participe, lo cual supone una gran ventaja sobre la prensa escrita tradicional, ya que permite debates y discusiones de forma ágil sobre cualquier tema. Esta es una de las características que ha hecho de los *blogs* los principales impulsores del fenómeno *Web 2.0*. Sin embargo entrañan el peligro de que ciertos comentarios realizados sin fundamento afecten la imagen y el posicionamiento de alguna empresa.⁵²⁵

Como factores influyentes en la elaboración y manejo de un blog corporativo se pueden mencionar entre otros que su elaboración debe formar parte del plan de comunicación y del Social Media Marketing de la organización o empresa; alinear el contenido y la evolución del blog con objetivos bien marcados. Se debe involucrar a la organización en su desarrollo; debe disponer de alojamiento y dirección propia; ser escrito por varios autores, identificados e identificables; emplear textos cortos e imágenes de

⁵²⁵ MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael. *Marketing operativo en la red*. Disponible en: www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm, 2010.

recurso; usar el blogroll como herramienta para enlazar a otros bloggers; citar las fuentes. No se debe ofrecer dinero por escribir y se debe dar libertad para que se escriba lo que se quiera y cuando se quiera.⁵²⁶

6.8.1 Los Microblogs.

El *microblogging* consiste en enviar *posts* cortos (como un mensaje de móvil SMS) que cuenten lo que se hace en ese momento y en los que se comparte información relevante para el usuario. Twitter, con millones de usuarios activos al día, es en la actualidad el servicio más famoso de *microblogging*. Una característica fundamental para el éxito en el uso de una herramienta de *microblogging* es el volumen de gente que lo utiliza, la eficiencia y difusión de los mensajes en este medio es directamente proporcional a la utilización del mismo. De esta forma el volumen de usuarios permite establecer a Twitter (para particulares y entornos abiertos) como también a Yammer (para empleados de una misma empresa o grupo) como los servicios de *nanoblogging* de mayor éxito.

- *El Twitter marketing*. Las redes sociales constituyen actualmente plataformas orientadas al mundo de los negocios en las que la presencia activa en ellas es garantía de reputación online sin la cual es imposible contar con una marca consolidada. La presencia activa de las marcas en las redes sociales es el punto de partida imprescindible para lograr el éxito en cualquier negocio. Sin embargo cada red social tiene sus propias características que la hacen más o menos apropiadas para unos u otros objetivos comerciales. *Twitter* por ejemplo, es un buscador en tiempo real y una plataforma de transmisión viral de información que se distribuye en tiempo real. Adicionalmente *Twitter* funciona como una herramienta vital para el SEO (Search Engine Optimization. Proceso de mejorar la visibilidad de un sitio Web o una página Web en los motores de búsqueda) ya que las visitas que se logran a través de los enlaces

⁵²⁶ GARCÍA ARCONES, María. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Departamento de Informática. Universidad Carlos III de Madrid. pp.51 – 52., 2010.

son exponenciales. Twitter promueve negocios de consolidación de marcas y aceleración de la decisión de compra. En relación con actividades de investigación de la competencia y la determinación del valor agregado permite monitorear en tiempo real lo que se dice de la marca y/o los productos ofrecidos.

Para hacer marketing en Twitter se recomienda seguir algunas reglas como: Pensar antes de promocionar, aprender cómo se comunica de forma eficaz en Twitter, entrar en la comunidad, aprovechar al máximo la cuenta, planificar los mensajes, suscribirse a *feeds* relevantes (medio de redifusión de contenido Web), facilitar la conversación, no excederse en la promoción del producto, entre otros. Es también un servicio para que amigos, familiares y compañeros de trabajo puedan comunicarse y estar conectados. Es posiblemente la herramienta de microblogging más popular a nivel mundial por el número de usuarios que la utilizan. En tan solo un paso se puede empezar a utilizar este servicio; para ello es necesario crear una cuenta en la página de Twitter asignando un nombre de usuario y una contraseña. De forma automática se obtiene una cuenta en twitter de tipo: <http://twitter.com/NOMBREDEUSUARIO>. Los textos a publicar no deben exceder de 140 caracteres. El leer los Twitter de otras personas nos convierte en seguidores suyos (followers). A través del buscador se encuentra a otros usuarios de Twitter y así conocer su perfil y descripción.⁵²⁷ Resulta evidente que para tener seguidores hay que publicar contenidos de interés y cuando una empresa es consciente de la finalidad del Twitter se puede beneficiar de múltiples formas ya que puede establecer conversaciones en tiempo real con los clientes o usuarios. Un ejemplo ilustrativo lo ofrecen las aerolíneas que retrasan vuelos u ofertan billetes en primera clase a través de su cuenta de Twitter. Las posibilidades son infinitas y como suele ocurrir con las demás herramientas de *e-marketing* todo se reinventa muy rápidamente, por lo que se debe estar atento a los cambios que se vayan produciendo en el mercado.

- El *Yammer*. Es también un servicio de microblogging dirigido a grupos y empresas con la finalidad de estar comunicados o conectados a través de mensajes cortos

⁵²⁷ GARCÍA ARCONES, María. *op. cit.* p. 52., 2010.

que responden a la pregunta “¿En qué estás trabajando?” La diferencia de esta plataforma y la de Twitter es que está restringida a grupos o empresas mientras que el Twitter está abierta a cualquier usuario. Para el uso del servicio se requiere igualmente registrar un perfil mediante la introducción de una cuenta de correo electrónico “corporativa o de empresa” y así obtener una cuenta en Yammer con el nombre de: <http://www.yammer.com/users/NOMBREDEUSUARIO>. La particularidad de este servicio es que está cerrado a las personas que no dispongan de la misma extensión de la cuenta de correo electrónico. Así mismo se pueden leer los mensajes y textos de otras personas registradas convirtiéndose en “seguidor” y a través de la opción miembros se puede acceder a otros usuarios de Yammer de la misma empresa o grupo; conocer su perfil y descripción y al pulsar sobre “Follow” se podrá abrir a partir de ese momento todos los comentarios que publique en su cuenta.⁵²⁸

- *Facebook marketing*. Las redes sociales se han consolidado como plataformas orientadas al mundo de los negocios y sin contar con presencia activa en ellas es prácticamente imposible lograr la reputación *online* para contar con una marca consolidada. Los análisis y proyecciones sitúan la presencia atractiva de las marcas en las redes sociales como imprescindibles para lograr el éxito en cualquier negocio. Facebook, con más de 800 millones de usuarios funciona de forma equivalente a un lugar de encuentro entre personas con necesidades e intereses afines que comparten, tanto a nivel profesional como personal por lo que se consolida como la red social más importante a nivel mundial y desde el punto de vista del marketing es especialmente interesante para los productos y servicios dirigidos a grandes mercados como los de gran consumo. Un alto porcentaje de las empresas tiene su propio perfil en facebook y constituye una de las mejores herramientas a la hora de realizar comunicación y publicidad viral barata y efectiva.⁵²⁹

⁵²⁸ GARCÍA ARCONES María. op. cit. pp. 52., 2010.

⁵²⁹ ALONSO COTO Manuel A., *Herramientas de marketing digital en web 2.0.*, IE Business School. Ed. IE Business Publishing., Madrid 2011., Última versión noviembre 14 de 2011 (R.L).
http://openmultimedia.ie.edu/openproducts/herramientas_md/herramientas_md/frames.html

- *El podcast.(Podcasting)*, es un término que surge como el acrónimo de las palabras *public on demand* y *cast*, consiste en crear archivos de sonido (MP3) y distribuirlos (mediante sistemas de sindicación de contenidos, RSS), de manera que permita suscribirse y usar un programa que lo descargue para escucharlo donde y cuando se quiera, generalmente en un reproductor portátil. Es semejante a una suscripción a una revista “hablada” a través de Internet. Esta tecnología ha sido adaptada como herramienta por las empresas mediante dos modelos diferentes: Producir sus propios podcast para promocionar productos y patrocinar podcast de todo tipo de manera que la marca o sus productos se mencionen en los mismos.⁵³⁰

Entre las técnicas frecuentemente utilizadas se encuentra crear un canal podcast específico para boletines de novedades de la empresa para los productos, para los servicios etc., e incluso un canal para cada categoría de producto. Esta técnica permite ofrecer a los clientes un boletín de audio sobre las principales novedades de un producto con el suficiente valor, utilidad y comodidad que le motive a la suscripción del boletín en audio. El ejemplo clásico es de Sony Pictures que permite ver tráilers de las últimas películas que han lanzado, sinopsis, primicias, etc. También se puede crear un canal podcast como valor agregado al producto principal. El caso ilustrativo nos remite a los museos cuando desde el sitio Web del museo, el visitante pueda descargar a su terminal móvil un podcast de la visita guiada en su idioma, evitando las molestias que supone utilizar dispositivos de audio. Una técnica de gran utilidad para la empresa la constituye crear un canal podcast para dar fuerza a las ventas ya que entre el personal la asimilación de nuevos argumentos al momento del lanzamiento de nuevos productos puede sustituir perfectamente una sesión de formación interna de ventas evitando los respectivos desplazamientos, hoteles y costes directos.⁵³¹

⁵³⁰ ALONSO COTO Manuel A., *Herramientas de marketing digital en web 2.0.*, IE Business School. Ed. IE Business Publishing., Madrid 2011., Última versión noviembre 14 de 2011 (R.L).

http://openmultimedia.ie.edu/openproducts/herramientas_md/herramientas_md/frames.html.

⁵³¹ GARCÍA ARCONES, María. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet.* Escuela Politécnica Superior. Departamento de Informática. Universidad Carlos III de Madrid. p.54., 2010.

6.8.2 Los Widgets

El consumidor *online* está exigiendo cada vez más que el contenido le llegue sin tener que navegar por múltiples sitios para obtener la información. Esto significa que el control de la métrica, la fidelización y la interacción con la Web, serán cada vez más difíciles de obtener ya que el nivel de navegación disminuye y se hará más fácil en elementos dinámicos e interactivos como los *Widget*⁵³² que corresponden a una herramienta que permite desarrollar mensajes segmentados, modificables en tiempo real y con una gran dosis de elementos interactivos (videos, música. etc.) Los *Widget* son una gran solución como elemento de comunicación 2.0 que aporta grandes posibilidades de multidistribución en redes sociales, blogs, o en el escritorio del PC del usuario.

Desde la aparición de los *Widget* se han ido desarrollando aplicaciones cada vez más sofisticadas que permiten un análisis profundo y detallado del comportamiento de los usuarios con el *Widget* publicado: desde el tiempo de interacción con éste, a número de visitas, clicks, posts en el que se incluye, distribución en redes sociales, etc. Con este tipo de soluciones analíticas se puede reaccionar ante el comportamiento de los usuarios y actualizar la información que el *Widget* distribuye para afinar el mensaje o el elemento multimedia para ofrecerle contenido de interés, provocar que el usuario lo viralice más, o pase más tiempo interactuando con el *Widget*. Actualmente se dispone de tres tipos de *Widgets*:

- *Widget para web*: Pueden publicarse en un blog o red social y permiten compartir información y promocionar contenidos.
- *Widget de escritorio*: Permiten recibir contenidos en el escritorio del ordenador gracias a la conexión a Internet.
- *Widgets para móviles*: Muestran los contenidos favoritos en el terminal móvil.

⁵³²GARCÍA ARCONES María., *op. cit.* p.58 y ss., 2010

La presencia activa de un *Widget* en el escritorio del usuario tiene la ventaja de generar una continua creación de impactos de la marca en éste y hace disminuir la sensación de *spamming* ya que el usuario realiza voluntariamente la descarga del *Widget* en su ordenador lo que hace que admita más fácilmente estas comunicaciones, siempre y cuando sean contenidos de valor. Los *Widgest* para telefonía móvil son aplicaciones en desarrollo, pero la aparición de terminales con mayor sofisticación y la modalidad de tarifas planas irán haciendo de estas aplicaciones elementos necesarios en la estrategia de marketing móvil.

El auge de las redes sociales y de los blogs donde los *Widgets* se expanden notoria y viralmente conlleva un crecimiento exponencial de los usuarios de los *Widgets* y en consecuencia de sus contenidos. Por lo tanto, el direccionamiento de los contenidos del *Widget* debe estar soportado en los comportamientos del público objetivo con la finalidad de obtener una mejor rentabilidad de la acción, bien sea económica, de prestigio de la marca o de posicionamiento. La importancia del *Widget* en la estrategia de e-marketing se debe a que los internautas ya no inician su experiencia de navegación desde páginas como Google o Yahoo!, muchos utilizan redes sociales como Facebook, Twenti u otras, incluso a través de soportes móviles como el iPhone. Estas tendencias obligan a las empresas a replantear las vías de su presencia *online* y ofrecer contenidos en formatos más adaptables, configurables y viralizables por los usuarios. Razón por la cual los *Widgets* gracias a su coste de desarrollo y mantenimiento pueden convertirse en un nuevo canal de comunicación con un público objetivo, además, por su facilidad de transmisión constituyen un medio de difusión perfecto entre los usuarios y los contactos en redes sociales. Se afirma con base en indicadores estadísticos que los *Widgets* se proyectan como una alternativa a los *banners* en la publicidad *online* pues, mientras que el Click Through de un *banner* está en un 0,2% de media, el de un *Widget* oscila entre un 2% y un 5%. Los *Widgets* ofrecen información en tiempo real y permiten actualizar acciones/campañas en muy corto espacio de tiempo. Los *banners* carecen de esa interactividad de contenidos. El *banner* no puede

viralizarse, tampoco distribuirse entre los contactos o redes sociales de un usuario; los *Widgets* si, y además expanden el mensaje con ellos.⁵³³

6.8.3 Minisites Promocionales

También conocido como *microsite*⁵³⁴, es un tipo de *website*, mucho más reducido que una web interactiva diseñado para funcionar como suplemento auxiliar de una *website* principal, suele tener su propia url (Localizador de Recurso Uniforme). Normalmente se despliega encima de la *website* de origen con un tamaño más reducido que permite que asome por debajo de forma que cuando se cierre el navegante siga en la web interactiva o portal principal. El propósito del *minisite* es focalizarse en una información ofreciendo más detalles específicos de la misma que el *website* de origen. Típicamente se dedica un *minisite* a un producto determinado al que se quiera dar un tratamiento especial con motivo de su lanzamiento, promociones especiales, o porque es el producto estrella de la enseña, igualmente se utiliza para líneas de producto o temas de marca con motivo de aniversarios u ocasiones especiales. Los *microsites* tienen una vida útil mucho más corta que las webs de origen y son eliminados o sustituidos en cuanto pasan las fechas de la campaña de promoción o el evento que los motivó.

6.8.4 Mobile Apps

Una app móvil⁵³⁵ es un software para correr bajo Smartphone. Están diseñadas para educar, entretener o ayudar en la vida diaria a sus usuarios/consumidores. Funciones que anteriormente solo estaban disponibles en PC ahora pueden ser ejecutadas en dispositivos móviles con un buen nivel de prestaciones. Las aplicaciones móviles son imprescindibles dentro de una estrategia de e-marketing. La experiencia del usuario es fundamental y la reputación de la marca está en juego. Las mejores prácticas y recomendaciones para incluir

⁵³³ Revista BusinessWeek de Marzo de 2008, *Responsables del marketing de empresas como Hewlett-Packard, Gap o Sony*. En: GARCÍA ARCONES María. *op. cit.* p.59., 2010.

⁵³⁴ ALONSO COTO Manuel., *Herramientas de Marketing Digital.*, Ed. IE Bussines Schooll., p. 13., Madrid 2007

⁵³⁵ ALONSO COTO Manuel., *op.cit.* p. 19

las aplicaciones móviles dentro de la estrategia de marketing móvil de una empresa están referidas a: aprovechar las capacidades de los móviles, hacerlas simple y útiles, integrarlas a una estrategia de marketing de la empresa, utilizar Apps externas, elegir bien la plataforma, incluir las redes sociales, seducir al cliente y medir el resultado.

6.9 Cupones electrónicos⁵³⁶: e-coupons y m-coupons

Su función básica no varía sustancialmente de los tradicionales cupones de descuento. Ambos buscan que el comprador prefiera una marca, producto/tienda a cambio de un descuento en la compra, una muestra o un producto gratis. El cupón tradicional requería ir al establecimiento para beneficiarse del descuento; las nuevas tecnologías reducen el proceso a solo hacer click en el ordenador o pulsar un botón del móvil para capturar electrónicamente e/m-coupons para ser canjeados.

La finalidad es conseguir elevadas tasas de conversión de visitas en compras de clicks en procesos de negociación de una venta de clientes ocasionales y fidelizarlos. Los *e-coupons* pueden ser distribuidos de maneras diversas: en las tiendas online o *cybermail*, desde la propia web interactiva o portal comercial de la compañía o desde un *minisite* promocional diseñado ad-hoc para la campaña. El potencial cliente se los encontrará a la entrada de la web con la descripción de un determinado producto justo antes de finalizar su pedido e incluso cuando se interese con un producto relacionado con lo que se está comprando. En cuanto a los *m-coupons*, se enviarán directamente a los móviles de clientes potenciales que se tenga registrados (si se trata de fidelizarlos) y, donde la normativa legal en cuanto a protección de datos lo permita o a números comprados de perfiles que encajen con el target.

⁵³⁶ALONSO COTO Manuel., *op.cit.* p. 15

6.10 Determinación de perfiles por navegación: *Visitor-Relationship-Management (VRM)* y *Customer-Relationship-Management (CRM)*

La determinación de perfiles de navegación⁵³⁷ hace referencia a la gestión de las relaciones con los visitantes anónimos de la Web. Se trata de obtener los datos de comportamiento y respuesta de los visitantes de la Web a los productos que se ofertan para adaptarlos a nuevas propuestas con el propósito de incrementar las ventas *online*. Como la mayoría de la navegación por Internet se realiza de forma anónima, hay que aplicar tecnologías que permitan aprender de los visitantes anónimos para construir una relación efectiva con ellos. El objetivo es convertir visitantes en clientes y clientes en clientes fieles. Las investigaciones en mercadeo han concluido que la mejor forma de mantener a los clientes fidelizados es conocerlos y ello se facilita con el advenimiento del mundo de la informática y su velocidad de procesamiento de datos, que facilitan recopilar información de los clientes en grandes bases de datos. Es así como surge el concepto de Marketing Relacional o de Relaciones que hace referencia al marketing enfocado en las relaciones con los clientes haciendo popular el CRM que aplica conjuntamente los conceptos de Marketing Relacional y las herramientas de informática que facilitan su gestión. El término marketing relacional o de relaciones surge a comienzos de los años ochenta con el profesor Leonard Berry de la Universidad de Texas,⁵³⁸ no se reduce a la captación de clientes sino que busca consolidar y mantener la relación creando unos vínculos estables de dependencia y confianza entre vendedores, prescriptores, distribuidores, clientes y con cada uno de los interlocutores fundamentales para mantener la relación. La gestión de relaciones con los clientes o CRM surge a comienzos del año 2000 como una evolución del marketing Relacional generada por las nuevas tecnologías de la Información y Comunicación dedicadas al almacenamiento y análisis de datos de los clientes impulsados por Internet

Mientras el CRM (*Customer Relationship Management*) se basa en conocer e identificar al cliente, no para adaptar a él los productos y servicios sino para producir lo que

⁵³⁷ALONSO COTO Manuel., *op.cit.* p. 5

⁵³⁸BALIDO LEÓN Raquel. *del Marketing Relacional a los sistemas de Gestión de las Relaciones con los Clientes (CRM)*. Cuba. 2007

quiere comprar, el VRM (*Visitor Relationship Management*) se propone complementar la información de los visitantes cuya identidad se desconoce. Se trata de capitalizar los datos de comportamiento y respuesta a las propuestas que se ofrecen para adaptar los productos a lo que el potencial cliente busca y complementar los informes de marketing de CRM con la perspectiva del *Behavioural Targeting* (comportamiento de usuarios).

Desde la página de inicio (homepage) el visitante se encuentra con una interfaz de navegación basada en arboles de decisión de marketing que permite identificar sus preferencias con cada click. Se trata de estructurar la jerarquía de páginas web mediante un discriminador de perfiles de forma que, sin necesidad de preguntar al navegante, cada link elegido constituye una respuesta que hace referencia a los productos en que está interesado, a las opciones adicionales que contempla y qué precios está dispuesto a pagar, etc.

El software VRM acumula los datos históricos de decisión del navegante y crea perfiles multidimensionales por tipos de visitantes para aplicarlos en recomendaciones en tiempo real en la propia web, en la definición final de productos o en la optimización del marketing cliente-céntrico.

Todo sistema CRM dispone de un importante componente electrónico, sin embargo, la actividad online los ha revolucionado, especialmente los e- CRM que requieren de un tratamiento diferencial.

Las características diferenciales entre un sistema CRM y otro e-CRM obedecen a variables de:

- Disponibilidad, accesibilidad, limitaciones horarias frente a 365x24, limitaciones geográficas y tecnológicas versus universalidad.
- Canales con teléfono, fax, fuerza de ventas, etc., versus Internet, móvil, PDA, TDT, etc.,

- Interactividad, con necesidad de intermediarios frente autogestión; integración escasa y solo a nivel local versus global;
- Nivel de servicios, limitado por razón del coste versus alto nivel gracias a los nuevos desarrollos tecnológicos.

Todo lo cual resulta en una muy alta eficiencia del sistema. El sistema para su implementación requiere de un modelo de tres niveles: nivel de interfaz del usuario con vistas de consulta de introducción de información, ambas multicanal e integradas; nivel de datos, mejorado para soportar ventas B2B y B2C y nivel de procesos que incluye un soporte de procesos prediseñados adaptable y sus sistema de análisis agregado de datos del cliente.

Las herramientas para la gestión C.R.M. que se propone una relación estable y duradera con los clientes se potencializa con la personalización e individualización de las relaciones, constituyendo el marketing *one to one* como el pilar fundamental de esta estrategia. Se entiende a partir del conocimiento de los hábitos de consumo, compra y comunicación de los consumidores o usuarios a quienes se quiere *fidelizar*, generando incentivos que van más allá de las acciones estrictamente promocionales con estímulos ubicados en la órbita de lo personal y familiar para crear vínculos afectivos con la organización. El marketing *one to one* implica un amplio conocimiento de las características y comportamientos de los consumidores o usuarios con base en investigaciones cuali-cuantitativas y una clara diferenciación y priorización de los clientes, lograda en los procesos de micro-segmentación.⁵³⁹ *El enfoque del cliente* corresponde al núcleo de la filosofía del marketing relacional, pasa de una economía cuyo centro era el producto para pasar a una economía centrada en el cliente. *La interactividad*, el proceso de comunicación deja de ser un monólogo de la empresa, a un diálogo con el cliente quien dirige el mismo decidiendo cuando empieza y cuando termina. *Fidelización de clientes*, es

⁵³⁹ COPETE FREDDY. *El marketing Relacional y el C.R.M.* Facultad de Administración. Universidad José María Vargas. Caracas 2010.

más rentable fidelizar los clientes que adquirir clientes nuevos, adquiere gran importancia la gestión del ciclo de vida del cliente y estrategias de *marketing de atracción*, que implica generar visitas y repetición de visitas a través de buscadores y motores de búsqueda, campañas de publicidad *online*, generación de tráfico por programas de afiliación, intercambio de enlaces, captación de visitas como resultado de intervenciones en foros *online* y acciones *off line*. *Marketing de retención*. Creando motivos para que el visitante y el cliente permanezcan en la *website* y el *marketing de recomendación*, conseguir que el cliente satisfecho actúe como prescriptor y dé comienzo al nuevo ciclo. Esta estrategia se apoya en el marketing viral, generando automáticamente acciones de recomendación espontánea.⁵⁴⁰

La personalización. Cada cliente quiere comunicaciones y ofertas personalizadas por lo que adquiere gran importancia *la segmentación* de los clientes. Simultáneamente se pondrán a disposición de los clientes direcciones de correos o e-mails que faciliten la comunicación personalizada de inquietudes, recomendaciones y sugerencias, canalizando los comentarios hacia las personas con cargos que tengan incidencia suficiente para atender los requerimientos pertinentes. Así mismo el Chat, audio chat y video chat permiten una comunicación en tiempo real y de manera simultánea con grupos de clientes convocados a abordar diversos temas con énfasis en labores de capacitación, orientación, asesoría y asistencia técnica frente a los productos, los procesos y procedimientos que se siguen en el marco de acciones de servicio al cliente y de campañas de fidelización.⁵⁴¹

⁵⁴⁰MUÑIZ GONZÁLEZ Rafael. *Marketing operativo en la red*. Disponible en: www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm, 2010

⁵⁴¹COPETE FREDDY. *El marketing Relacional y el C.R.M.* Op. cit., p. 10.

6.11 e- encuestas⁵⁴²

Son herramientas que facilitan la labor de investigación en marketing, porque permiten:

- La evaluación de procesos para determinar los ratios de fidelización, nivel de satisfacción con la compra y con el servicio de atención al cliente, etc.
- Facilita la relación con el cliente para asegurar que los productos, servicios y precios le satisfagan, conocer mejor los gustos, satisfacciones e intereses y ser capaces de segmentarlos para realizar una oferta más personalizada.
- Identificar el entorno competitivo para establecer el posicionamiento con respecto a la competencia y la diferencia entre las propuestas de valor.

Dentro del ámbito del *e-researching*, se deben manejar las e-encuestas abiertas cuando lo que se evalúa son las características del *site*. Si se trata de otros formatos, el *banner* es solo adecuado para las *intranets*, y el *pop-up* (ventanas emergentes) solo ha de usarse con encuestados con mucho interés y evitar las opiniones de navegantes cuya falta de ajuste al perfil del *target* (destinatario) no las hace extrapolables.

6.12 Temporización digital de precios⁵⁴³

En los productos y servicios con fecha de caducidad y ejecución el precio se puede ir adaptando en función del momento de compra o de prestación del servicio. La temporización digital de precios es ampliamente utilizada en los mercados de productos perecederos, tanto en la venta a particulares (floristerías online) como entre empresas donde los grandes lotes de productos cuya fecha de caducidad se aproxima se pueden obtener a precios de coste en los *marketplaces*. Ejemplo, la venta de pasajes por internet sin pasar por agencias de viajes. Actualmente varias webs de viajes online permiten reservar vuelos en sus propias páginas utilizando la tecnología de temporización digital de precios.

⁵⁴² ALONSO COTO Manuel., *op.cit.*p. 6

⁵⁴³ ALONSO COTO Manuel., *op.cit.*p. 9

CAPITULO VII

PUBLICIDAD EN EL MARKETING DIGITAL

Generalidades.

7.1. Concepto jurídico de la publicidad.

7.2. La publicidad ilícita en el marketing interactivo.

7.2.1. La publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en los que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

7.2.2. La publicidad engañosa

7.2.3. La publicidad comparativa

7.2.4. La publicidad desleal

7.2.5. La publicidad subliminal.

7.2.6. La publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

7.2.7. Publicidad comportamental en línea.

7.3 Los contratos publicitarios

7.3.1. El contrato de publicidad

VII. PUBLICIDAD EN INTERNET

Generalidades.

La publicidad constituye un elemento ineludible de la vida cotidiana, desempeñando una enorme relevancia en el plano social dado que afecta diversos campos de la actividad humana. La publicidad como medio de comunicación tiene una gran repercusión social por el poder de difusión que ha alcanzado y por la manipulación casi siempre implícita del mensaje publicitario, factores ambos que han determinado que sea la publicidad uno de los conceptos que se ha convertido en símbolo del movimiento de defensa del consumidor, lo que hace que la publicidad sea el principal medio de información precontractual, al menos desde el punto de vista del número de personas a las que llega.

La publicidad en su sentido más esencial se define según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE)⁵⁴⁴ como “cualidad o estado de público”. Citando a López García⁵⁴⁵, en su descripción sobre la evolución histórica de la publicidad, indica que su origen se sitúa en la antigua Grecia en donde se la vincula con la transmisión oral de información que se desea dar a conocer, tales como edictos, noticias de interés general, etc. Posteriormente durante el Imperio Romano, en la ciudad de Pompeya, se realizan los primeros anuncios con los que se pretenderá atraer la atención del público a través de pinturas, mármoles de color, relieves etc., siendo este momento, cuando la publicidad ya denota un nuevo enfoque o concepción pues a través de dichos anuncios adquiere un elemento persuasivo consistente en la atracción del receptor del mensaje. Concepción que se acrecienta con el paso del tiempo.

En la Edad media, la publicidad adquiere gran importancia, ya que las muestras o enseñanzas publicitarias en tabernas y posadas dan origen a la marca moderna. La invención de la imprenta provoca un nuevo cambio en la actividad publicitaria comercial, pues aparece la

⁵⁴⁴Real Academia Española, Disponible en: www.rae.es.

⁵⁴⁵LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed.net. Disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004. p. 6 y ss.

idea de que el lenguaje escrito es siempre verdadero, por lo que la mejor manera de dar a conocer un producto, establecimiento o servicio es a través del mensaje publicitario escrito. Sin embargo, el mayor desarrollo de la publicidad comercial se produce durante la Ilustración como consecuencia de la Revolución Industrial.⁵⁴⁶ Para los defensores de la publicidad como hecho económico, hay unanimidad en señalar la Revolución Industrial, como acontecimiento que da origen a la publicidad. Ésta y la consiguiente proliferación de la producción y la oferta, hizo que los empresarios y dueños de fábricas no culminaran su labor productiva con la creación del producto. Ante la existencia de bienes exactamente iguales en cuanto a sus características físicas, era necesario atraer al consumidor mediante la diferenciación de la competencia y para que la existencia de ese producto y su ventaja competitiva fuera conocido debía ser comunicada a la población. Al respecto Sánchez Guzmán, (1976)⁵⁴⁷ afirma que “el impacto producido por la Revolución Industrial sobre las relaciones entre el productor y el consumidor de una mercancía constituye el impulso económico fundamental que motivó la utilización del mecanismo publicitario como puente de unión entre la nueva empresa capitalista y su mercado ampliado por un relativo crecimiento de la capacidad adquisitiva.” Los autores que mantienen esta hipótesis son tajantes al rechazar otros posibles orígenes de la publicidad previos a la Revolución Industrial.

En este momento se sientan las bases de la publicidad como instrumento para informar sobre la actividad mercantil. Es en esta época cuando los principios sociales y económicos se trasladan a todos los aspectos de la vida; la publicidad se desarrolla como un modo de transmitir la información con el objeto de atraer a futuros compradores, las nuevas formas artísticas y técnicas se utilizan para la realización de anuncios publicitarios (imágenes fáciles y de clara lectura, que no se olviden y que inciten al uso o a la compra).

⁵⁴⁶ LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed.net. Disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004. p. 6 y ss.

⁵⁴⁷ SÁNCHEZ GUZMÁN., citado en: IZQUIERDO FRANCO, Patricia. *Representación de la raza en la publicidad: análisis de “El País semanal” 1997-2003*. Facultad Ciencias de la Información. Universidad Complutense de Madrid. España 2004.

Según López García, es a partir de 1950 cuando surge un nuevo tipo de publicidad realizada por equipos especializados basados en investigaciones sociológicas y psicológicas. Esta publicidad se caracteriza porque en vez de actuar sobre la racionalidad de los compradores, como se había hecho hasta entonces, actúa sobre el inconsciente, adquiriendo más relevancia el elemento persuasivo. En la actualidad los tipos de publicidad se han diversificado mucho pudiéndose citar especialmente: el anuncio tradicional en prensa, el spot televisivo, el anuncio radiofónico, el publitreportaje, la marca, la tele-tienda, el eslogan, el marketing directo, las promociones, los juegos publicitarios y la esponsorización o patrocinio publicitario, a lo que se suma la publicidad en Internet.

Conforme con lo anterior se puede observar, que a través de la historia los modos de hacer publicidad han cambiado según cambia la sociedad, sin embargo, a pesar de haber cambiado la manera de hacer publicidad, lo que se mantiene siempre es el deseo de atraer la atención del receptor del mensaje, siendo la persuasión un elemento común a todo mensaje publicitario.⁵⁴⁸

Desde un punto de vista terminológico y de acuerdo a la evolución histórica anteriormente expuesta, se debe hacer una distinción entre publicidad como cualidad de hacer público y la publicidad como medio de divulgación de anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios etc. Jurídicamente la diferencia entre estas dos acepciones es relevante: la primera es producto de un deber, por el contrario la segunda supone el ejercicio de un derecho.⁵⁴⁹

Este capítulo desarrollará la segunda acepción de publicidad, la cual debe ser entendida como modo de comunicación en la que están presentes como elementos esenciales a desarrollar la libre información y la persuasión⁵⁵⁰, enfoque que se centra en el

⁵⁴⁸LÓPEZ GARCÍA Mabel., *op. cit.*, p. 8. Citando a RODRÍGUEZ PARDO J. *Derecho de la comunicación*”, p. 171.

⁵⁴⁹LÓPEZ GARCÍA Mabel., *op. cit.*, p. 8. Citando a SANTAELLA LÓPEZ M., *El nuevo derecho de la publicidad.*, Civitas, Madrid 1989., p. 55.

⁵⁵⁰*Mensaje informativo*: componente objetivo. La definición de publicidad como mensaje informativo se debe a una argumentación jurídicamente más acertada: el masaje publicitario es el objeto de la comunicación publicitaria. Sobre tal objeto inciden los sujetos que intervienen y participan en el proceso comunicativo: anunciantes, agencias de publicidad y

mensaje publicitario a través de Internet. Es importante destacar que las características especiales de la Red y las modernas técnicas publicitarias que se realizan a través de Internet generan una serie de implicaciones jurídicas que es necesario abordar desde el marketing digital por cuanto Internet, publicidad y marketing digital están fuertemente ligados en razón a que Internet no solamente es un medio para realizar publicidad sino también para iniciar relaciones contractuales e incluso perfeccionarlas. Internet ofrece la particularidad de integrar el mensaje comercial con los contenidos y en ningún medio como en la Red resulta tan difícil separar la publicidad de las otras áreas del marketing ya que de forma simultánea en Internet se anuncia, se ejecuta la transacción comercial, se asesora al consumidor, se instruye técnicamente, se ofrecen obsequios y se prosigue con el servicio posventa.⁵⁵¹

Con base en esta precisión y considerando que la publicidad en la actualidad, evidencia una importancia significativa al afectar a sus potenciales destinatarios respecto a la contratación de ciertos bienes y/o servicios, cuya adquisición promueve y genera para satisfacer necesidades originando la demanda de los productos y servicios promocionados. Además de lo anterior, el incremento que la publicidad online está protagonizando, la multiplicidad de formatos publicitarios que día a día existen en la Red y la protección judicial de los intereses de las partes, anunciantes y consumidores, se hace necesario delimitar la naturaleza jurídica de la publicidad, la publicidad ilícita y sus diversas modalidades: engañosa, comparativa, desleal, subliminal, etc., para concluir con el Contrato de publicidad acorde con la regulación vigente establecida en la LGP y las normas de Derecho privado bien sea Civil o de Comercio que le afecten.

medios de publicidad. Cada uno de estos sujetos tienen derechos y deberes en la relación con el objeto de origen contractual y extracontractual. Así por ejemplo la regulación establecida por el ordenamiento jurídico frente a publicidad ilícita tiene una aplicación concreta y precisa en el campo de la comunicación publicitaria. *Carácter persuasivo*: Elemento subjetivo. Hace referencia a la utilización de técnicas lingüísticas y psicológicas por las cuales se influye en la decisión del receptor del mensaje, y a la utilización de técnicas artísticas que dotan a la publicidad de carácter de obra o creación artística y que se reconoce en la LGP, art. 23. Como aplicación normativa referida a la propiedad intelectual. En: LÓPEZ GARCÍA Mabel., *op. cit.* pp. 12 y 13

⁵⁵¹LÓPEZ GARCÍA Mabel., *op. cit.*, p. 26

7.1. Concepto jurídico de la publicidad.

Las principales normas que el Derecho positivo, nacional y comparado ofrecen al respecto, regulan, según Santaella López,⁵⁵² los supuestos típicos de la publicidad comercial y la doctrina existente, en el campo de la Sociología, de la Economía, de la teoría General de la Comunicación e, incluso, del Derecho se refieren fundamentalmente a ese fenómeno socioeconómico que se encuadra en el derecho fundamental a la información y en el marco de la actividad de la empresa en el mercado.

La publicidad entendida como medio de divulgación de anuncios de carácter comercial con elementos como la libre información y la persuasión⁵⁵³ genera una serie de cuestionamientos jurídicos relacionados principalmente con la protección del consumidor y usuario y la libertad de empresa con origen principalmente en el mensaje publicitario y que direcciona específicamente a la publicidad comercial regulada en la Ley General de Publicidad (LGP) 34/1988 de 11 de noviembre y modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 06/10/97. La publicidad desde el punto de vista del consumidor tiene una repercusión relevante y de obligada regulación pues existen un conjunto de técnicas de ventas que atraen la atención de los consumidores hacia las prestaciones ofrecidas alterando el proceso racional de toma de decisiones de mercado, bien mediante su inducción a error o bien mediante su sometimiento a una presión psicológica, influencia abusiva o a circunstancias que interfieren y obstaculizan la reflexión y decisión de compra.

Con base en las consideraciones anteriores se define la publicidad de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la LGP como *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o*

⁵⁵²SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. *Derecho de la publicidad*. Civitas Ediciones, S.L. P. 35. Madrid-España 2003.

⁵⁵³La nota persuasiva y para algunos autores, tendenciosa, que envuelve de manera necesaria la información de tono publicitario, puede provocar ciertas actuaciones en las personas, modificar su voluntad y sus deseos, convirtiéndolos en los de quien emite el mensaje comercial. En: SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Ed. La Ley. 1ª edición. Madrid. 2007. p. 167

indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.” Y para una mayor precisión en Sentencia del Tribunal Supremo (STS), RJ1988/7252 de septiembre 23 de 1988 se argumenta que la publicidad “ *se traduce en la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad*”. Es claro que la actividad publicitaria es diferente del ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que la publicidad aun siendo también una forma de comunicación, se vincula según lo establecido en la legislación vigente al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que los mensajes publicitarios como hecho comunicativo están amparados en el ejercicio de la libertad de expresión y a la vez en la libertad de mercado. La libertad de expresión se encuentra limitada en su desarrollo, especialmente para impedir la competencia desleal y la publicidad engañosa, límite que no obstruye el ejercicio del derecho sino que ordena su aplicación concreta.⁵⁵⁴ Desde el momento en que se emite el mensaje publicitario tiene lugar una relación entre los sujetos (anunciante/vendedor y consumidor), sin embargo, no existe un vínculo jurídico entre las partes hasta que no se haya perfeccionado un determinado contrato. La cuestión es, si la publicidad se constituye en una auténtica oferta de contrato (cuya aceptación daría lugar al nacimiento del mismo) o, si por el contrario, en una simple invitación a negociar. La primera forma de contacto entre vendedor y consumidor se produce como consecuencia de la publicidad comercial, posteriormente se desencadena una relación que puede o no finalizar en un negocio jurídico.⁵⁵⁵

La influencia de la publicidad en el consumidor y el carácter informativo de la misma afecta el consentimiento contractual; de ahí la importancia de la veracidad de la información publicitaria en razón a que la LGP señala como ilícita la publicidad engañosa,

⁵⁵⁴LÓPEZ GARCÍA Mabel., *op. cit.*, pp. 18-19

⁵⁵⁵LÓPEZ GARCÍA Mabel., *op. cit.*, p. 21

desleal, subliminal y la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios protegiendo de modo especial a los consumidores, quienes formarán su consentimiento de acuerdo- entre otras cosas- con la publicidad; y al libre mercado, de modo que la libertad de expresión no atente en ningún caso contra la libre y leal competencia.⁵⁵⁶

Los problemas jurídicos que plantea la publicidad en Internet están referidos a la realización de una publicidad ilícita, razón por la cual las diferencias con otros medios de comunicación en general y en especial la comunicación publicitaria no van más allá de las posibilidades técnicas que permite Internet por lo que se considera que no necesita una regulación especial y las normas jurídicas relativas a la publicidad son aplicables igualmente cuando el medio de difusión es Internet.⁵⁵⁷ Los problemas jurídicos que plantea la publicidad en Internet y específicamente para el Marketing digital son las posibilidades de realizar una publicidad ilícita, esto es, engañosa, desleal, contraria a la Constitución y a la normativa específica que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, razones por las que cobra importancia la protección jurídica de los consumidores y usuarios frente a la publicidad.

Es importante precisar que la publicidad no forma parte de la relación contractual entre empresario y consumidor, la publicidad se sitúa en una fase previa de iniciación o acercamiento a la oferta, lo cual permite inferir que no todo destinatario del mensaje publicitario sea consumidor ni que todo consumidor se haya visto influenciado previamente por la publicidad, no obstante, la protección del receptor de la información publicitaria en su papel de consumidor es uno de los principios básicos de toda legislación publicitaria, puesto que el acto comunicativo va encaminado a obtener una reacción específica del público direccionado a la compra y adquisición de bienes y servicios.⁵⁵⁸ La Ley General de Publicidad (LGP) reconoce implícitamente al consumidor como destinatario del mensaje

⁵⁵⁶LÓPEZ GARCÍA Mabel., *op. cit.*, p. 24

⁵⁵⁷ESCOBAR DE LA SERNA L., *Derecho a la información.*, Ed. Dykinson., p. 711. En: LÓPEZ GARCÍA Mabel., *op. cit.*, p. 25

⁵⁵⁸LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico.* Editado por eumed.net. Disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004. p. 30.

publicitario y acorde con los artículos 3 y 25 de la LGP se estructura como protección de la dignidad humana en el contenido del mensaje, protección frente a la información fraudulenta, protección frente a la persuasión no consciente o subliminal y derecho del receptor a solicitar la rectificación de informaciones publicitarias. Así mismo, la protección que se recoge en la Ley Orgánica para el Procesamiento de Datos (LOPD) en lo referente a el comercio ilegal de datos personales que constan en ficheros automatizados y que se emplean en las diferentes estrategias de marketing digital como el envío de correo no solicitado o *spam*. Así mismo, participan de la regulación de la publicidad, La ley de Competencia Desleal, Los Principios Generales sobre Publicidad y Marketing en Internet de abril 2/1998 de la CCI; el Código sobre Comercio Electrónico y Marketing interactivo de FEDMA; la Declaración Ministerial de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo de la OCDE de Octubre 8/98; el Código de Prácticas Comerciales en línea del *Better Business Bureau* (BBB) y el *BBBOnLine*, y el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de la AECE y la AACC.⁵⁵⁹

Igualmente resulta necesario precisar que en el mensaje publicitario se identifican cuatro tipos de sujetos de la actividad publicitaria: *El anunciante* (como emisor), *las agencias de publicidad* (quienes ejecutan), *los medios de publicidad* (los difusores de la publicidad) y, como receptores, los destinatarios de la misma.⁵⁶⁰

7.2 La publicidad ilícita y el marketing interactivo.

La defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud, la intimidad y los legítimos intereses económicos de los mismos constituye la garantía de acción de los poderes públicos en materia de publicidad comercial. (Art. 51 C.E.) Defensa que opera mediante lo establecido en la LGP y en la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios. Siendo el mensaje publicitario una

⁵⁵⁹SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Ed. La Ley. 1ª edición. Madrid. 2007. p. 227

⁵⁶⁰SIERRA LÓPEZ, Ma. del Valle. *Análisis Jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*. Edita: Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2003. pp. 35-36

suma de informaciones de hecho, de ideas y de persuasión, protegido por el derecho a la libertad de expresión, se encuentra limitado por las condiciones de licitud del mismo. La ilicitud del mensaje publicitario deriva de irregularidades o defectos en la información de hechos, de ideas y del modo de persuasión, esto es, falsedad o mentira en las características del producto o del servicio, de la ilegalidad de la expresión de las ideas asociadas al producto o servicio y de la técnica empleada para persuadir al consumidor o usuario de la conveniencia de adquirir un producto o servicio.⁵⁶¹ El antecedente jurídico en la regulación de la publicidad ilícita se deriva de los principios jurídicos de la publicidad relativos a veracidad, legalidad, autenticidad y libre competencia.

El principio de veracidad, en virtud del cual todas las afirmaciones contenidas en la publicidad tienen que ser siempre veraces. De suma importancia, dada la repercusión que tiene la publicidad como información precontractual. La Ley General de Publicidad (art. 4.) exige que ésta sea veraz, es decir, que no sea engañosa. En el marketing no vale todo y por ello se prohíbe la publicidad engañosa, entendida como publicidad capaz de inducir a error al consumidor. Se considera ilícita por engañosa, la publicidad que afecte a información sobre las características de los productos o servicios, falsedad en los precios, las críticas infundadas a productos de la competencia, las garantías inexistentes, las informaciones ambiguas, los falsos testimonios, inconsistencia en las condiciones jurídicas de contratación, etc.⁵⁶²

La publicidad también se considera engañosa por omisión, es decir, por omitir datos que resultan fundamentales para la correcta información de los consumidores. Por ejemplo, se considera engañoso ofertar como obsequio al realizar una reserva hotelera el regalo de dos entradas a una actividad cultural por no especificarse que la realización de dicha actividad exige el mínimo de ocho personas para su realización.⁵⁶³

⁵⁶¹LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed.net. Disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004.pp. 33-34.

⁵⁶²SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Ed. La Ley. 1ª edición. Madrid. 2007. p. 237

⁵⁶³MESA SÁNCHEZ, Cristina. *Redes Sociales en la industria hotelera. Implicaciones legales del marketing 2.0*. Artículos. Colección J&AGarrigues, S.L.P. Barcelona. 01/04/2013

En virtud del principio de Veracidad y con respecto a las actividades de marketing digital es importante destacar la responsabilidad que se asume como “anunciantes” sobre el contenido de las campañas publicitarias, aunque dichas campañas no hayan sido elaboradas directamente por el anunciante sino por terceros, sean éstos, agencias de publicidad, agencias de medios, encargados de contratar los canales de difusión al consumidor, incluyendo Internet. Así entonces, aunque la campaña publicitaria la haya diseñado un tercero, lo cierto es que, de cara al consumidor, la responsabilidad recaerá siempre sobre el anunciante. Por lo anterior será necesario protegerse frente a las potenciales infracciones de las agencias de publicidad y otros medios contratados mediante cláusulas de exoneración que garanticen una indemnización por parte de la agencia responsable frente a las reclamaciones de los consumidores.⁵⁶⁴

La determinación del cumplimiento de este principio no resulta fácil en la práctica por la propia composición del mensaje publicitario en el que la persuasión tiene una función fundamental, de tal modo que, aun siendo veraz el contenido de la información publicitaria puede incluir algún planteamiento que induzca a error. La interpretación del mensaje publicitario se realiza de acuerdo con el significado que posee el mensaje para el consumidor medio, es decir, aquel que esta normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz.⁵⁶⁵

El principio de legalidad obedece a la necesidad de que el mensaje publicitario no sea contrario a ninguna norma del ordenamiento jurídico. La LGP declara ilícita la publicidad que vulnere los derechos reconocidos en la Constitución y la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. El principio de legalidad implica que los mensajes de publicidad y

⁵⁶⁴MESA SÁNCHEZ, Cristina. op. cit.

⁵⁶⁵Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de las Comunidades Europeas. Julio 16 de 1998. En: LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed.net. Disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004. P. 35.

marketing digital deben ser legales, es decir, acordes con la regulación vigente, y además decentes, honestos, confiables, en respeto de la moral y las buenas costumbres.⁵⁶⁶

El *principio de Identificación o autenticidad*, (Art. 11 LGP) alude a la exigencia de que la publicidad sea claramente reconocible y se diferencie del resto de la información. Se prohíbe la publicidad engañosa en su presentación y se establecen las reglas formales sobre presentación, emisión e interrupciones publicitarias. La Ley 34 de 2002 de 11 de noviembre de servicios de la sociedad de la información (LSSICE) dispone en su artículo 20.1 que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y en el caso en que tengan lugar a través de correo electrónico o su equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”⁵⁶⁷

El *principio de respeto a la leal y libre competencia* implica la relación de la publicidad con las leyes del mercado, particularmente con las leyes de libre competencia y prohibición de la publicidad desleal. Principio que se vincula directamente con la protección de los consumidores en lo relativo a publicidad desleal y engañosa reconocido por LGP, Ley de Competencia Desleal (LCD) y la Ley de defensa de la competencia (Ley 16 de 1989, BOE número 170 de julio 18 de 1989. Es frecuente recurrir a una unidad conceptual entre el engaño y la deslealtad, ya que de acuerdo con el análisis de ambos tipos de ilicitud se admite que no admiten separación dándose una concurrencia de leyes entre la LGP y de la LCD. Una de las variantes de publicidad desleal que la ley reconoce es el *descrédito, denigración o menosprecio* y que corresponde a la primera forma de antijuridicidad establecida en el apartado 6.a de la LGP y que destaca al descrédito como acto de publicidad desleal cuando establece que la publicidad “...*que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo*

⁵⁶⁶SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. La publicidad en Internet. *Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Ed. La Ley. 1ª edición. Madrid. 2007. p. 275.

⁵⁶⁷LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed.net. Disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004. P. 36

o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos.”

Comparativamente el numeral 9 de la LCD establece que *“Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias e ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.”* La denigración consiste en una acción lesiva que busca perjudicar el crédito comercial de los que prestan sus servicios u ofrecen sus productos en el mercado.⁵⁶⁸

La LGP en el art. 6, señala los *actos de Confusión* como otro de los supuestos de la publicidad desleal cuando establece que la publicidad que *“...induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen, o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”* La norma anterior previene sobre el anunciante que pretende que el público al que se dirija su comunicación o mensaje comercial quede sometido a error a fin de que lo relacionen con la posición, la fama o el prestigio que otro goza en el mercado (publicidad adhesiva) incrementando su reconocimiento comercial. Si se interpreta esta norma de la LGP al tenor de lo dispuesto en el numeral 6 de la LCD se considera acto de confusión y por ende desleal *“ todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la*

⁵⁶⁸SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Ed. La Ley. 1ª edición. Madrid. 2007. p. 254

actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación, es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.” En concordancia con este precepto debe mencionarse el artículo 12 de la LCD que diferencia el acto de confusión con el de explotación de la reputación ajena: “ Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como modelos, sistema, tipo, clase y similares.”

La Ley General de Publicidad (LGP) establece en el art. 3, cinco supuestos de publicidad ilícita:

7.2.1. La publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en los que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

La dignidad humana implica derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, garantizados constitucionalmente en el art. 18.1 y que constituye el límite a la libertad de expresión. La infancia y la juventud se entienden referidos al menor de edad se proponen garantizar que los mensajes dirigidos a los menores no les perjudiquen moral o físicamente. Igualmente la Ley 22/1999 de 7 de junio, desarrolla lo dispuesto en el art. 20.4 de la Constitución previniendo que la publicidad no debe incitar directamente a los menores a la compra de productos o servicios explotando su inexperiencia o su credulidad; tampoco explotar la especial confianza de los niños en sus padres, profesores, profesionales de programas infantiles o personajes de ficción. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. En el caso de publicidad o tele-venta de juguetes, no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizar dichos juguetes sin producir daño para sí o para terceros.

La inclusión de protección de la mujer obedece a resaltar la prohibición de mensajes publicitarios de alto contenido discriminatorio hacia la mujer (por razones de raza, sexo, ideología, religión...) y que la presenten en situación de inferioridad, hace referencia sin duda al uso común de la publicidad sexista en perjuicio de su dignidad.

7.2.2. La Publicidad engañosa.

Para efectos de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre, (Artículo 2) se entenderá por *Publicidad engañosa*: “*toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.*” Seguidamente define la *Publicidad Comparativa* como “*toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor.*”

En similares condiciones es definida por la LGP en su artículo 4, destacándose que cuando hace referencia a la *presentación*, es claro que, ante un supuesto de publicidad engañosa es irrelevante el medio por el que se difunda la publicidad, pues engañosa puede ser la publicidad escrita, como la realizada por medio de imágenes, sonidos, etc.⁵⁶⁹

El artículo 3 de la misma Directiva especifica que la publicidad engañosa debe reunir los elementos anteriores así como indicaciones relacionadas con: “*a) Características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, su naturaleza, su ejecución, su composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado, sus utilidades, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o*

⁵⁶⁹SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle., *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia- España 2003. p. 42

servicios; b)El precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios; c)La naturaleza, las características y los derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que haya recibido o sus distinciones.”

La *Publicidad engañosa* es por lo tanto, todo mensaje publicitario que puede inducir a error a sus destinatarios. La publicidad engañosa se prohíbe por vulnerar el principio de veracidad, que trata de eliminar el error del público con respecto al contenido de las alegaciones hechas en una expresión publicitaria⁵⁷⁰ La publicidad se considera engañosa cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de: la presentación del mensaje, la información que transmite el mensaje publicitario o por la omisión de información en el mensaje publicitario.⁵⁷¹

7.2.3 La Publicidad comparativa

Con respecto a la *Publicidad comparativa*, como una de las modalidades de la *Publicidad desleal*, es aquella que permite la comparación en las condiciones que establece el artículo 4 de la Directiva 2006/114/CE: a) *Que no sea engañosa* de acuerdo con lo dispuesto en la presente Directiva y en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales, b) *que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad*, c) *que*

⁵⁷⁰SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle., op. cit. P. 41

⁵⁷¹LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed.net. Disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004. p. 41

compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio; d) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor; e) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación; f) que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores; g) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos; h) que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.”

Dado que la variedad de oferta de productos o servicios se incrementa cada vez más, la publicidad comparativa puede estimular la competencia entre los proveedores de los mismos en beneficio del consumidor; así mismo, cuando permite comparar aspectos esenciales, pertinentes verificables, representativos y no es engañosa, resulta de gran beneficio para los consumidores al informar de las ventajas que pueden obtener de los productos y servicios en el entorno del marketing digital permitiéndoles realizar una elección acertada.

7.2.4. La publicidad desleal.

El artículo 6 de la LGP establece que es desleal, en sentido general, aquella publicidad que resulta contraria a las exigencias del principio de la buena fe y a las normas y buenos usos mercantiles. Se reitera que el ordenamiento jurídico español regula la publicidad desleal con base en La LGP y la LCD. La competencia desleal perjudica directamente a los consumidores de una manera concreta al generar confusión entre los diferentes productos y servicios de diversas empresas afectando la libre decisión del consumidor por el engaño. Así mismo, la LGP proyecta su regulación al ámbito de la competencia desleal declarando ilícita la publicidad desleal. Este tipo de publicidad ilícita

se clasifica en tres grupos: 1. **La publicidad comparativa**, a la que nos hemos referido, en todas sus especificaciones y regulación, en el segmento anterior y que hace referencia a aquella publicidad que no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado; esto quiere decir en otros términos, “*aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el fin de destacar las ventajas de sus propios productos o servicios frente a los ajenos*”⁵⁷² 2. El segundo grupo, según Sierra⁵⁷³ es la **publicidad denigrante** (art. 6.a de la LGP y art. 9 de la LCD) que corresponde a aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa o de sus productos, servicios o actividades y, el grupo 3. Corresponde a la publicidad que **induce a la confusión** con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de otras empresas o instituciones y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

7.2.5. **La publicidad subliminal.**

Declarada ilícita por la LGP constituye el supuesto típico de la publicidad prohibida. Es importante precisar que para efectos de la prohibición de este género de publicidad no interesa a la regulación el contenido o la forma del mensaje publicitario, como tampoco el medio de difusión utilizado al respecto. El artículo 7 de la LGP dispone que es *publicidad subliminal* “*la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.*” La característica esencial de esta prohibición es la no percepción consciente del mensaje publicitario. La ilicitud de esta actividad publicitaria se centra en la recepción del mensaje por parte del consumidor sin

⁵⁷²LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed.net. Disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004. p. 49.

⁵⁷³SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle., *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet.*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia- España 2003. p. 54.

que éste lo perciba, de forma que las decisiones tomadas suponen aprovecharse del sujeto incidiendo en su subconsciente, a través de estímulos o sensaciones, lo cual supone violación del principio de autenticidad o de identificación publicitaria que enfatiza en el derecho que tiene el consumidor a conocer de forma perceptible cuando está recibiendo mensajes publicitarios y el deber que tienen los anunciantes de identificar éstos mensajes como tales. La publicidad subliminal afecta igualmente el respeto por la dignidad de la persona por tratarse de un principio que para efectos de una comunicación interesada como es la publicitaria requiere que sea percibida conscientemente, lo contrario supone una manipulación sobre la persona incompatible con la dignidad y la libertad del ser humano como principio fundamental de los Derechos Humanos.⁵⁷⁴

Las actividades de Marketing Digital y la publicidad (como figura jurídica integrada en los acuerdos preliminares) al constituir una forma de transacción o intercambio comercial que incluso pueden llegar a perfeccionar contratos adquiere relevancia en la formación de la voluntad contractual, corriendo el riesgo de ser invalidada por la acción o actos de una de las partes (por ejemplo, el anunciante) que por no observar la diligencia debida interfiera en la voluntad de la otra (Publicidad subliminal) dando lugar a actuaciones contrarias a la buena fe contractual que puedan acentuarse con la utilización de estas formas publicitarias que aunadas a las continuas actualizaciones de los espacios web, su carácter internacional y la viralidad de su difusión dificultan el control.

La novedad del marketing digital exige una adaptación y adecuación permanente y continua de las técnicas publicitarias, ya se ha hecho referencia anteriormente a las web de marcas o empresas, los pop up, banners, keyword banners, el correo electrónico, los juegos y videos publicitarios lo cual no significa que en breve periodo de tiempo se pueda disponer de otros modos de hacer publicidad y la normativa vigente resulte insuficiente, es ésta la razón del auge e importancia de los Códigos de autorregulación como norma no jurisdiccional para solucionar conflictos. Se reitera que la principal particularidad de las web de marcas como medio publicitario es el hecho de estar vinculadas a la oferta de

⁵⁷⁴SANTAELLA LÓPEZ. Manuel. *Derecho de la publicidad*. Civitas Ediciones, S.L. Madrid 2003 pp. 162-163

productos y servicios. De ahí que, la sola aparición de una determinada marca o empresa es considerada como modelo publicitario y el mensaje publicitario está directamente vinculado con la oferta que busca motivar en el potencial consumidor una reacción inmediata para pulsar sobre el icono de acceso o enlace hacia la oferta, formalizar la transacción comercial a través del anuncio sin abandonar el espacio web en el que lo encontró. El mensaje publicitario le permite además diligenciar la información obligatoria exigida en los contratos de esta índole.⁵⁷⁵

Técnicas comunes en Internet con problemas de ilicitud son los *pop up*, los *banners* y los *keywordbanners* vinculadas de forma independiente a una página web y utilizadas como soporte de un mensaje publicitario en las que se ofertan bienes y servicios que independientemente del carácter ilícito o no del mensaje publicitario por engañoso o desleal generan lo que se conoce como *intrusismo* dificultando el acceso a lo que se busca o se desea ver y que ocasionan irritación, reclamos o protesta del consumidor quién termina por adquirir programas de ordenador específicos que reconocen este tipo de publicidad e impiden que se descargue al bloquear el acceso.

Tanto la publicidad interactiva realizada a través de banners⁵⁷⁶ como la realizada utilizando *pop up* pueden generar problemas jurídicos relacionados con los contenidos que las mismas ofrecen en razón a que la Red posibilita insertar referencias ocultas en las páginas web de las que depende la publicidad, muy decisivas para la atracción de usuarios que buscan una determinada marca o servicio a través de un buscador. Técnica conocida como *metatag* o *metaname* y que es el sistema que se utiliza en los denominados *Keyword banner*. Es éste un tipo especial de *banners* o *Pop up* con un carácter personalizado en el que la página web que sirve de soporte al anuncio incluye un programa de búsqueda del

⁵⁷⁵LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed.net. Disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004. pp. 55-56.

⁵⁷⁶Los *banners* son ventanas de Internet que se integran como una página web y que se utilizan como soporte del mensaje publicitario. Los *banners* pueden ser estáticos (similar al cartel publicitario que se incorpora en los medios de comunicación escrito) o dinámicos (similares a los anuncios publicitarios que se emiten en los medios de comunicación audiovisuales, pero con una relevancia mínima o inexistente del sonido como parte del mensaje). Es una técnica muy utilizada como medio de enlace a páginas web con el propósito de que el potencial consumidor responda a la oferta. En: LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed.net. Disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004. p. 57

cual depende la aparición de un *keyword banner* u otro. Este tipo de publicidad personalizada no siempre es ilícita pero puede resultar engañosa por generar confusión en los usuarios por la utilización fraudulenta de *matatags* que tienen por finalidad resumir el contenido de una página web para que los buscadores asocien dicho contenido con el tema buscado por el consumidor.

El uso fraudulento de esta técnica se lleva a cabo mediante la introducción de una palabra-clave (*metatag*) que sin estar relacionada con el contenido de la página sea la más utilizada para la búsqueda de un tema concreto. Así mismo, resulta engañoso introducir nombres de productos o empresas competidoras para atraer a otros usuarios. Este uso fraudulento de los *metatags* es definitivamente una práctica engañosa e ilícita, no obstante, se objeta que resulta engañosa dependiendo de la configuración de la oferta, ya que, si la oferta publicitaria es lícita e inequívoca el direccionamiento no induce a error. En el evento en el que la oferta publicitaria fuese ilícita se constituiría dolo contractual a cargo del prestador de servicios de la sociedad de la información.⁵⁷⁷

7.2.6 La publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Corresponde a un régimen especial previsto y enumerados en el artículo 8 de la LGP, referido a la publicidad acorde con la naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios que requieren de regulación, requisitos de autorización, registro de la publicidad y otros. Regula especialmente la forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios relacionados con productos sanitarios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o su patrimonio, publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, productos psicotrópicos y medicamentos destinados al consumo de personas y animales, publicidad de tabacos y bebidas alcohólicas. La regulación vigente parece dar opción para que este tipo de publicidad al ser regulada por normas especiales sea sometida al régimen de autorización administrativa y que la infracción de estas normativas especiales impliquen publicidad ilícita al igual que las infracciones a la forma y

⁵⁷⁷LÓPEZ GARCÍA Mabel.,*op.cit.* p. 58

condiciones de difusión de los mensajes publicitarios establecidos por la ley para ciertos productos o servicios.⁵⁷⁸

7.2.7. Publicidad comportamental en línea.

La publicidad comportamental implica la identificación de los usuarios que navegan por Internet y la creación gradual de perfiles que después son utilizados para remitirles publicidad que corresponde a sus intereses. No se trata de cuestionar los beneficios económicos que este tipo de publicidad pueda aportar a quienes la practican pero quienes permanecen a la defensa de la protección de datos consideran que esta práctica no debe realizarse a expensas de los derechos que los consumidores tienen a la protección de su intimidad y de sus datos personales.

Dado el uso creciente de la publicidad comportamental basada en la utilización de cookies de rastreo y productos similares y su alto nivel de intrusión en la intimidad personal se hace necesario identificar el marco jurídico aplicable a quienes utilizan la publicidad comportamental en línea en distintos sitios de Internet y en consecuencia las implicaciones legales para las actividades de marketing digital. La publicidad y el marketing digital abarcan una amplia gama de métodos que buscan crear anuncios de mayor impacto entre los que se encuentran la publicidad contextual, la publicidad segmentada y la publicidad comportamental. **La publicidad comportamental** tiene como fundamento la observación continua del comportamiento del consumidor, busca estudiar las características de dicho comportamiento a través de sus visitas repetidas a un sitio concreto en la Red, interacciones, palabras clave, producción de contenidos en línea, etc. Para desarrollar un perfil específico y proporcionar al usuario anuncios a la medida de los intereses inferidos de su comportamiento. Mientras que la **publicidad contextual**⁵⁷⁹ y la **publicidad**

⁵⁷⁸SANTAELLA LÓPEZ. Manuel., *Derecho de la publicidad*. Civitas Ediciones, S.L. Madrid (España) 2013. p. 163.

⁵⁷⁹**Publicidad Contextual** es la que se selecciona con base en el contenido que está viendo el sujeto en un momento determinado. En el caso de un buscador, el contenido puede derivarse de las palabras clave de la búsqueda, de la búsqueda anterior o de la dirección IP del usuario si ésta indica su probable situación geográfica. En: DICTAMEN 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea. Adoptado junio 22 de 2010. 00909/10/ES GT 171. Grupo de trabajo de protección de datos del artículo 29. En: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm

*segmentada*⁵⁸⁰ utilizan “instantáneas” de lo que ven o hacen los usuarios en un sitio concreto o de las características conocidas de los usuarios, la publicidad comportamental puede dar a los anunciantes un cuadro detallado de la vida en línea del usuario, con muchos de los sitios y de las páginas concretas que ha visitado, cuánto tiempo ha durado la visita, durante cuánto tiempo ha visitado determinados artículos o elementos, en qué orden, etc.⁵⁸¹

La publicidad comportamental implica funciones relacionadas con: *a) Proveedores de redes de publicidad* que corresponden a los principales distribuidores de publicidad comportamental dado que conectan a los editores con los anunciantes; *b) Anunciantes*, que desean promocionar un producto o servicio ante un sector específico de público; y, *c) Editores*, son los propietarios del sitio de Internet, que buscan obtener ingresos vendiendo espacio para mostrar anuncios. “Además de las redes publicitarias, la publicidad comportamental puede también suministrarse en anuncios del mismo sitio. Con este método el anunciante indica al editor la audiencia buscada con base en criterios que pueden ir más allá de información demográfica como el trío tradicional de “franja de edad, género y país” hasta criterios mucho más precisos como palabras-clave o intereses. El editor se encarga entonces de visualizar el anuncio ante la audiencia elegida, aplicando la tecnología d orientación del mensaje y controlando la colocación y distribución del anuncio. Esto se usa en algunas plataformas de redes sociales que permiten tocar a usuarios determinados en función de sus intereses.”⁵⁸²

El marco jurídico para quienes se ocupan de publicidad comportamental responde a la Directiva 95/46/CE sobre Tratamiento de datos personales ya que este tipo de publicidad implica normalmente recogida de direcciones IP y el tratamiento de identificadores únicos mediante cookies o productos similares. Estos dispositivos permiten “aislar” a los usuarios,

⁵⁸⁰ *Publicidad segmentada* es la seleccionada con base en las características conocidas del sujeto (edad, sexo, ubicación, etc.) proporcionadas por el usuario al inscribirse o registrarse. En: Dictamen 2/2010. *Publicidad comportamental en línea*. 00909/10/ES GT 171. *op. cit.*

⁵⁸¹ DICTAMEN 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea. Adoptado junio 22 de 2010. 00909/10/ES GT 171.

Grupo de trabajo de protección de datos del artículo 29. En: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm

⁵⁸² Dictamen 2/2010. *Publicidad comportamental en línea*. 00909/10/ES GT 171 p. 5. *op. cit.*

aún desconociéndose sus nombres verdaderos; además, la información recogida se refiere a características o comportamiento de una persona que se utiliza para influenciarla. Implica igualmente la obtención y aplicación del consentimiento informado, calidad de los datos, derechos de los interesados (Acceso, supresión, derecho de oposición, etc.) la confidencialidad y la seguridad del tratamiento de las transferencias internacionales de datos será plenamente aplicable.

Los mecanismos de exclusión basados en cookies no son en general adecuados para obtener el consentimiento fundamentado del usuario. En la mayoría de los casos se da por hecho si el usuario no lo revoca expresamente, no porque haya decidido aceptar la publicidad comportamental sino más bien porque no es consciente del tratamiento de datos, y mucho menos de cómo ejercer su derecho de exclusión. Acorde con la Directiva sobre privacidad, la aceptación del usuario sobre recepción de cookies puede implicar la aceptación de ulteriores lecturas de cookies y en consecuencia, el control de su búsqueda en la Red, no siendo necesario recabar el consentimiento para cada lectura de las cookies. Se considera que, para que los consumidores o usuarios sean conscientes del control a lo largo del tiempo, los proveedores de redes de publicidad deben: a) limitar en el tiempo el alcance del consentimiento otorgado, b) ofrecer la posibilidad de retirar fácilmente el consentimiento a ser controladas a efectos de suministrarles publicidad comportamental en línea, c) crear un icono u otro tipo de herramienta que sean visibles en todos los sitios web en que se realice el control. Este icono no solo recordaría a los usuarios que están siendo controlados sino que les permitiría decidir si desean retirar su consentimiento o renovarlo. Así entonces, se garantizaría a los usuarios y consumidores un manejo legal acorde con la normativa vigente en la utilización de la publicidad comportamental en las actividades de marketing digital.

7.3. Los contratos publicitarios.

En el campo de aplicación del Derecho está vigente la controversia entre doctrinantes a favor y en contra de las comunicaciones comerciales y las ofertas de contrato. Es así como el De la Cuesta Rute considera que la publicidad es una invitación a

ofertar aunque no contenga todo lo requerido para constituir una oferta contractual y que “el hecho de que el mensaje publicitario contenga una expresión de carácter sugestivo, dirigido a llamar la atención del público sobre un bien o servicio ofertado, no puede ser fundamento alguno para negar que la comunicación comercial pueda ser una oferta”⁵⁸³

No comparte esta concepción el Dr. Illescas Ortiz Rafael quien considera que la finalidad de la oferta de publicidad es solo la promoción de bienes, servicios o la imagen de una empresa, por lo que considera que si un mensaje de datos que responda a una comunicación comercial cumple con todos los requisitos de una verdadera oferta contractual dejará de ser comunicación comercial para pasar a ser una oferta y es del criterio que “ *al igual que sucede en el mundo del papel en el entorno informático deben diferenciarse las declaraciones de voluntad, las declaraciones publicitarias y las declaraciones de ciencia y conocimiento. Para ello –según su decir- basta con examinar la regulación dispuesta en el Código Civil Español –referida a la interpretación de los contratos (declaraciones de voluntad, sea unilaterales, precontractuales o contractuales)- y la normativa que se deriva de la LGP: en su art. 2 que establece una definición de publicidad que marca una clara pauta distintiva entre la actividad meramente publicitaria y la oferta de contrato* ”⁵⁸⁴

Ahora bien y para dirimir el conflicto anterior, resulta muy interesante la posición del Dr. Díez Picazo quién afirma al respecto que: “*Las propuestas de contratar son declaraciones de voluntad de llegar en lo sucesivo a establecer un contrato, que queda inicialmente diseñado en alguno de sus elementos. Las propuestas son proyectos que se limitan a abrir el proceso que conducirá, eventualmente, a la formación del contrato.*”⁵⁸⁵

Las distintas argumentaciones al respecto llevan a concluir a Sánchez del Castillo, que “las ofertas de contrato contienen una serie de elementos informativos calificados de mínimos y esenciales, en procura de la perfección de un negocio jurídico con la sola

⁵⁸³ SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas. Ed. La Ley. 1ª edición. Madrid. 2007. pp. 91 y ss.

⁵⁸⁴ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. Citado en: SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *Op.cit.* p. 92.

⁵⁸⁵ SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *op. cit.* p. 97.

aceptación por parte del destinatario. La materia publicitaria, por su parte, además de contener dentro de su configuración material informativo, siempre contiene una nota tendenciosa persuasiva” así mismo considera que “ la no coincidencia entre las figuras de anunciante y contratante no se constituye en una razón suficientemente fuerte que permita excluir a la comunicación comercial de las ofertas de contrato” y comparte el concepto de que “ Las figuras de oferta al público y la publicidad o comunicación comercial no se constituyen como sinónimas, si bien se admite que una comunicación comercial puede incorporar todos los requisitos propios de una oferta de contrato de manera que la sola aceptación de la contraparte genere como resultado la formalización de un negocio jurídico. Tales afirmaciones en ningún momento deben conducir a pensar que una oferta de contrato al público se vea como una comunicación comercial”⁵⁸⁶

Acorde con lo establecido en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. LOCM (art. 38.1) La venta a distancia encaja dentro de una modalidad especial que consiste en “la celebración de una negociación sin la presencia física simultánea de comprador y vendedor, en que la oferta y la aceptación se realizan exclusivamente por medio de una técnica cualquiera de comunicación y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor.”⁵⁸⁷ El uso cada vez mayor de las ventas a distancia ha incentivado la inclusión de contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes *“con el claro objetivo de que sean incorporadas a múltiples contratos, pues los titulares de estas páginas se habitúan a establecer un conjunto de estipulaciones o clausulados que vienen a unificar los términos en los que contratan con quienes adquieren los productos o servicios comercializados a través de esta malla mundial.”*⁵⁸⁸ Lo anterior ha dado lugar a la regulación e imposición de una serie de requisitos establecidos en la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC) y la Ley General para la defensa de los consumidores y Usuarios (LGDCU) que deben contener las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios y las cláusulas no negociadas individualmente. En dicha regulación se procede a definir las cláusulas abusivas,

⁵⁸⁶ SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *op.cit.* p. 98.

⁵⁸⁷ SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *op.cit.* p. 101.

⁵⁸⁸ SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *op.cit.* p. 103.

incluyendo aquellas “no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor; un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”⁵⁸⁹

La tradicional y permanente institución jurídica del contrato se adapta a cualquier cambio social y económico y es útil a todos los fines del Derecho en todos los campos de actividad y desarrollo del ser humano. Ejemplo de ello lo constituyen los contratos publicitarios regulados por la LGP. (Título III) y en su defecto por las reglas generales del Derecho común y atendiendo el carácter predominantemente jurídico-privado de la regulación de los contratos publicitarios por la legislación civil y mercantil como Derecho supletorio.

Así entonces, la LGP regula los distintos contratos publicitarios a saber: Los contratos de Publicidad, de difusión publicitaria, de creación publicitaria y de patrocinio. El *contrato de publicidad*, al que nos referiremos especialmente en el desarrollo de este capítulo, constituye la figura básica de los tipos contractuales establecidos legalmente por ser el instrumento jurídico de mayor relevancia para el desarrollo de la comunicación publicitaria. El *contrato de difusión publicitaria*, “es aquel por el que, a cambio de una contraprestación, fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga a favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio y tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario” (art.19 de la LGP). El *contrato de creación publicitaria*, (arts. 22 y 23. Cap. II, Título III de la LGP)“ es aquel por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario”. El *contrato de patrocinio publicitario*, (Cap. II, art. 24. Título III de la LGP)“ es aquel por el que, el patrocinado, a cambio de una ayuda económica por la realización de una actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a

⁵⁸⁹SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. op.cit. p. 104.

colaborar en la publicidad del patrocinador. El contrato de patrocinio publicitario se registrará por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables”⁵⁹⁰

7.3.1. El contrato de Publicidad.

El contrato de publicidad “es aquel por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma.” Según lo establecido en la LGP (Cap. II. Título III, arts. 15-18)

Hace referencia por lo tanto a un contrato consensual, conmutativo y oneroso que debe ceñirse al derecho privado en sus formalidades y en lo sustancial, en tanto publicitario se caracteriza por: a) referirse en su objeto a la realización técnica de la comunicación publicitaria, salvo la difusión, en los supuestos en que se requiera la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo cuya titularidad corresponde al contrato de difusión publicitaria, b) ser el único contrato publicitario que relaciona y compromete solo al anunciante y a la agencia de publicidad.⁵⁹¹

A propósito del contrato de publicidad en Internet es importante destacar que la Red ofrece una serie de ventajas para la prestación de servicios telemáticos e interactivos por las posibilidades que ofrece; ventajas muy bien aprovechadas por la industria publicitaria. Estas especiales características de la Red imponen cláusulas específicas al contrato publicitario, así mismo, habrá que adaptar cláusulas tradicionales a las condiciones de Internet y en otras, será necesario la creación de nuevas cláusulas. El contrato publicitario y el marketing digital se dirigen hacia un contrato de formación en entornos electrónicos abiertos y esencialmente a supuestos de contratación en sitio web, esto es, anonimato, desconfianza, falta de seguridad, actuaciones involuntarias, provisión

⁵⁹⁰SANTAELLA LÓPEZ Manuel. *Derecho de la publicidad*. Civitas Ediciones. S.L. Madrid- España. 2003 Pp. 236

⁵⁹¹SANTAELLA LÓPEZ Manuel. *Derecho de la publicidad*. Civitas Ediciones. S.L. Madrid- España. 2003 pp. 237 y Ss.

de información previa, sistemas de detección y corrección de errores, emisión de consentimiento libre e informado, verdadero acuerdo de voluntades etc.⁵⁹²

7.3.2. Agentes personales y contenidos del contrato de publicidad.

De acuerdo con Santaella López, los sujetos publicitarios que necesariamente han de intervenir en el contrato de publicidad y que por lo tanto identifican su tipicidad son: 1. *El anunciante*, quien realiza el encargo del trabajo publicitario. Es decir, preparación o programación y ejecución de la publicidad, con o sin realización de creaciones publicitarias. 2. *La agencia de publicidad*, que lo ejecuta prestando simultáneamente los servicios estándar de asesoramiento, coordinación con los órganos correspondientes de la organización del anunciante, o las que expresamente se hayan convenido. La contraprestación pactada es a cargo del anunciante, pero no necesariamente será de carácter pecuniario.

El *contenido del contrato* está determinado por los derechos y obligaciones de las partes y que corresponden a la ejecución de la campaña y los elementos pactados a cargo de la agencia y el cumplimiento de la prestación convenida por el anunciante, en los términos establecidos. La LGP establece además un deber recíproco de fidelidad entre las partes: *“el anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados, cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia. La misma obligación tendrá la agencia respecto de la información o material publicitario que el anunciante le haya facilitado a efectos del contrato.”* Art. 16 de la LGP.

La ley otorga al anunciante el derecho a exigir modificación de la contraprestación o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados, y la indemnización, en uno u otro caso, de los perjuicios que se hubieren irrogado, si la publicidad realizada no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones

⁵⁹²RODRÍGUEZ DE LAS HERAS. B. Teresa. *La formación del contrato en el entorno electrónico y los procedimientos electrónicos de contratación*. En: CALVO CARAVACA A. CARRASCOSA GONZÁLEZ. J. *Estudios sobre contratación internacional*. Madrid. 2006,

expresas de aquél. Así lo establece el art. 17 de la LGP. De igual forma, si la agencia sin justificación alguna, incumple la prestación comprometida o lo hace fuera del término establecido, el anunciante podrá rescindir del contrato y exigir la devolución de lo pagado, así como las indemnizaciones correspondientes. (art. 18 LGP).

CONCLUSIONES GENERALES

Los recursos que puede ofrecer Internet a las personas que navegan por la Red han planteado toda una revolución en las estrategias de marketing que, no obstante seguir siendo las mismas, se han visto obligadas a adaptarse a un nuevo sistema de transmisión de la información, generando un cambio de paradigma desde el marketing transaccional al llamado marketing digital. Es necesario diferenciar entre los agentes del marketing tradicional y los nuevos “*netmarketers*”, el “*e-business*”, el comercio B2B, estrategias B2C y hasta la nueva “e-economía” dentro de la que se encuentra el nuevo paradigma del “*netmarketing*”. Esto implica nuevos modelos de negocio, nuevas relaciones entre la oferta y la demanda, nuevos productos que se mueven en modernos mercados, es decir, se está produciendo un cambio en la forma de entender las relaciones de intercambio lo que implica una nueva forma de enfrentar las estrategias del marketing.

En los últimos años el mundo del marketing ha sido invadido por las innovaciones tecnológicas, por la globalización de los mercados, la era de la información y las comunicaciones, lo cual exige explotar todas las posibilidades que ofrecen con creatividad, innovación, adaptación al cambio y constancia, por lo cual, podemos entender y definir el marketing como todos los procesos internos y externos a una empresa para llegar a desarrollar técnicas y metodologías con el objetivo de la comercialización de productos y/o servicios, esto es, que los cambios sociales conjuntamente con los tecnológicos provocados por la aparición de múltiples formas y medios de difusión y comunicación, han generado cambios en los hábitos de los consumidores, que ha obligado a los profesionales del marketing a variar su forma de accionar y llegar al potencial cliente evolucionando hacia la “*personalización*”, estrategia que se ocupa de descubrir infinidad de nuevas condiciones y características de los consumidores.

El término marketing comienza a ser utilizado en los Estados Unidos en el periodo comprendido entre 1881 y 1910, cuando se fundan las primeras escuelas de administración de negocios originándose como disciplina en el campo educativo. Jones y Monienson (1990), empeñados en la búsqueda de los orígenes del pensamiento del marketing y

siguiendo a Bartels (1988), afirman que las universidades de Harvard y Wisconsin fueron los centros originales de influencia en el desarrollo del marketing, por lo que los orígenes del enfoque Institucional obedecen a una emigración académica de estudiantes norteamericanos a Alemania durante el siglo XIX influidos por el modelo científico del historicismo, que en ese momento empezaba a dominar las ciencias sociales en Alemania, modelo caracterizado por su metodología estadística y su pragmatismo más que por sus ideas teóricas o conceptuales. Esta corriente de economistas norteamericanos regresó a su país hacia 1870 constituyéndose en los pioneros del pensamiento del marketing.

Las conclusiones sobre la evolución del marketing giran entonces alrededor de los procesos de fragmentación y homogenización que [experimentan](#) las sociedades actuales, producto de la internacionalización, aperturas económicas y sociales, características del entorno que han impuesto a académicos e investigadores del marketing la obligación de encontrar mecanismos para hacer frente a una sociedad de riesgos, vacilaciones y peligros comerciales, y nada mejor que hacerlo desde las diferentes alternativas, corrientes de pensamiento y paradigmas que han prevalecido en la esfera intelectual antagónicos particularmente en los aspectos antropológicos y el simbolismo del consumo como de la intencional búsqueda de reducir riesgos en la toma de decisiones como se quiere hacer desde el ámbito de la ingeniería.

El ciberespacio no tiene fronteras, pero para lograr un verdadero mercado global las regulaciones que lo afectan deben ser coordinadas y compatibles tanto con las regulaciones que afectan el comercio no electrónico como con las de otras jurisdicciones. Otro de los hechos que no puede ser dejado de lado es que en la actualidad la mayor parte del comercio electrónico y específicamente el Marketing Digital se da entre empresas y consumidores de la Unión Europea y los Estados Unidos; dos jurisdicciones reacias a aceptar los principios de la otra o a propender por armonizarlas. Independientemente de las cuestiones ideológicas y de las preferencias por tal o cual cultura regulatoria, las cuales coinciden en gran parte con las distintas familias del Derecho, instituciones o sistemas jurídicos resulta concluyente que frente a los negocios llevados a cabo a través de las [redes digitales](#), la autorregulación con sus características frecuentemente citadas de flexibilidad

y globalidad responde a la necesidad de armonización legislativa que permita alcanzar un equilibrio entre el establecimiento de un ambiente propicio a los negocios y la protección de los distintos derechos de los usuarios o consumidores.

Se considera igualmente que, a la par del crecimiento comercial representado en un gran número de empresas y organizaciones que desarrollan enormes bases de datos del cliente, se incrementa la posibilidad de abuso de la información; bien sea por compartir los datos sin autorización; por integración de bases de datos por varias compañías para desarrollar un perfil extremadamente detallado de una persona o por su divulgación y utilización no autorizada. Prácticas que además de ser ilegales, resultan contrarias a la ética. Actuar de acuerdo con la ética es mantener la confianza de los clientes pues a la menor sospecha de un uso indebido de la información, no se proporcionarán más datos y lo más probable es que tampoco se vuelvan a comprar sus productos o servicios. La tecnología en sí misma no puede proteger la intimidad. Se requiere de una regulación, de leyes apropiadas y códigos de conducta para hacer frente a la eficacia de la tecnología electrónica que facilita la recolección y distribución de información.

Indudablemente la ética de nuestro tiempo ha sufrido una particular metamorfosis conceptual desde una *fase educacional* que aborda los problemas relacionados con la práctica del marketing a partir de los significativos avances tecnológicos que hoy día siguen produciéndose a pasos agigantados; una *fase ética* caracterizada por el esfuerzo dirigido a la resolución de dilemas centrando la atención en la moralidad de las múltiples actividades que implican a los diversos actores del marketing y una *fase global* que enfrentaría la ética del e-marketing con el desafío que implica el reconocimiento de la diversidad en un mundo casi por completo globalizado

Según un informe de la *Brookings Institution de Washington*⁵⁹³, presentado en el Foro Económico Mundial de Suiza por Henry Aaron, Director de ese enorme *thinking tank*, integrado por Robert Lawrence, profesor de inversión y Comercio internacional en

⁵⁹³ MELAGA Gianluigi. *Traducción de L'Espresso* de Milán. 1996.

Harvard, Albert Bressand, Director del proyecto europeo “Prometeo” y Takatoshi Ito, Catedrático de economía japonesa y consultor del Fondo Monetario Internacional, se promulgan diez principios que rigen la tendencia empresarial internacionalizada, entre los que se destaca el surgimiento de otros valores que habrá que tutelar y que necesariamente implican abordar el problema de favorecer nuevas formas de organización internacional para tutelarlos. Según el informe, los valores en materia de economía mundial serán: *la transparencia*, porque sólo ella garantiza la competencia; *la diversidad*, porque ésta es la única premisa de la innovación; *la confianza en las instituciones*, porque sin ella no se puede proceder ordenadamente.

Al abordar las implicaciones éticas del marketing y, específicamente del marketing Digital, se hace necesario fundamentar, es decir, explicar la esencia, las causas de un ejercicio responsable del arte en cuestión y, con ello hacer una aproximación a su filosofía para darle solidez, validez y seguridad. El papel de la filosofía ética o teoría moral es fundamentar la ética que rige el ejercicio del arte para que resulte digno, propio del hombre y no se degrade y corrompa. La toma de decisiones y las relaciones mercantiles requieren ser explicadas, o lo que es lo mismo fundamentadas en su dimensión subjetiva o estructura operativa racional, la cual está referida a los procesos de deliberar, decidir y actuar que realiza la persona y, en su dimensión objetiva que se manifiesta en la sociedad a través de sus valores morales operacionalizados en la autoridad y la ley, aspectos que deben reflejarse en la actividad comercial y específicamente en el e-marketing

Es evidente la necesidad de desarrollar filosofías empresariales u organizacionales fundadas en criterios éticos, que se traducen en la necesidad de disponer de códigos de conducta o de comportamientos éticos que legitimen las actividades de marketing, especialmente el e-marketing que se proyecta como indispensable en una sociedad globalizada y virtual. Los escándalos financieros de las grandes empresas están generando en todo el mundo una gran desconfianza que obliga necesariamente a cuestionar y revisar las implicaciones teleológicas (causa final) es decir, aquellas que miden los efectos y las consecuencias de una práctica económica determinada y las implicaciones deontológicas o

aquellas que se proponen establecer un mínimo de normas que hagan posible la vida en común de los grupos y las sociedades humanas.

La Legislación reconoce el derecho a la Libertad Informática por constituir garantía de otros derechos como el honor y la intimidad y por tratarse de un derecho autónomo que protege a las personas frente al uso indebido de la informática. La necesidad de garantizar seguridad o protección a los datos de carácter personal recabados por las empresas, organizaciones y para el tema en cuestión: el espacio digital constituye una preocupación permanente en las instituciones nacionales e internacionales por amenazar el equilibrio entre la seguridad y la libertad; preocupación que ha llevado a que el Comité Económico y Social de la Unión Europea afirme que *“La cultura de la seguridad debe concebirse de manera plenamente compatible con la libertad de información, comunicación y expresión, las libertades económicas, sociales y culturales, y en general todos los derechos de la persona humana”*⁵⁹⁴ Preocupan igualmente los diversos enfoques legislativos en varios países durante los últimos años. Las transacciones internacionales de datos se han incrementado notablemente y uno de sus objetivos principales es interaccionar la totalidad de los ordenadores de todas las instituciones, en principio públicas, para ir conociendo e integrando toda la información; lo que a juicio de muchos constituye una regresión en las libertades individuales y colectivas. Funcionarios de la Comisión de Libertades e Informática española han advertido sobre muchos abusos de poder con sistemas a escala muy pequeña amparados en una “falsa seguridad”, lo que a futuro se proyecta en proporciones gigantescas e incontrolables en detrimento de las libertades y derechos ciudadanos. Existe igualmente la certeza de que las tecnologías especialmente destinadas a potenciar las comunicaciones están aplicándose cada vez más al control de la ciudadanía. (Ejemplos que ilustran esta situación lo constituyen el caso del ciudadano americano Edgard Snowden, experto en Seguridad informática, funcionario de la CIA y de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) de los EE. UU, quién en mayo de 2013 divulgó contenidos y documentos clasificados como de alto secreto sobre Programas de vigilancia masiva. Otro caso semejante es del australiano Julian Assange fundador de WikiLeaks experto en

⁵⁹⁴ FARRIOLS. S., *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*. . Madrid 2006: Cinca. S.A. En: RIVERA SANCLEMENTE, María del Rosario. op. cit. p. 4. 2012

Informática quien en octubre de 2010 revela información confidencial obtenida a través de ordenadores generando varios incidentes diplomáticos).

La Constitución española en su artículo 18.4 establece como un elemento fundamental, que la ley limitará el uso de la informática para proteger el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos. La actual Sociedad de la Información o Sociedad del Conocimiento aborda principalmente un modelo de organización social caracterizado por una sociedad inmersa en una nueva revolución industrial propiciada por el desarrollo de nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) que como consecuencia de lo anterior centra su poder en función de la posesión y capacidad de uso de la información disponible. La potencialidad de la informática en la sociedad actual está referida a un *“Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automatizado de la información por medio de ordenadores”*⁵⁹⁵ Evidentemente, los avances informáticos han contribuido de manera decisiva a mejorar nuestra calidad de vida; pero igualmente nunca como ahora nuestra intimidad ha estado más amenazada. Y es que los peligros que comporta el tratamiento automatizado de datos personales rodean todos y cada uno de los ámbitos en que se desarrolla nuestra existencia.

Lo anterior explica las frecuentes inquietudes manifestadas por gobiernos y organizaciones supranacionales en atención a regular jurídicamente el manejo informático de los datos personales. Las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones como: ordenadores, Internet, correo electrónico, teléfonos móviles, grabadoras (de la palabra, de la imagen o del sonido), entre otras, han alcanzado un progresivo avance en su utilización general trascendiendo más que como herramientas de información y comunicación en las repercusiones que el uso de estas nuevas tecnologías puede provocar en el derecho fundamental a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones establecidas en el artículo 18.1 y 18.3 de la Constitución española (CE).

⁵⁹⁵ LUJAN A, J., *Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo*. Pamplona, España 2003. Aranzadi. S.A. En: RIVERA SANCLEMENTE, María del Rosario. op. cit. P. 6. 2012

La protección de los datos de carácter personal es necesariamente más compleja cuanto mayor sea la difusión de los datos a niveles nunca vistos en la sociedad de la información y el conocimiento. Ello exige su caracterización como derecho fundamental y su delimitación deberá respetar el principio de *LEGALIDAD*, es decir, que el procedimiento no puede adelantarse por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. De igual manera la LOPD ha fundamentado este derecho en los principios de Congruencia, Finalidad, Racionalidad y Consentimiento o Autodeterminación los cuales tienen implícitos otros preceptos como *PERTINENCIA*, es decir, que la recolección y tratamiento de datos solo es posible cuando los mismos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. *FINALIDAD*, esto es, que los datos tratados no pueden ser utilizados para propósitos incompatibles con aquellos para los que hubiesen sido recogidos; *VERACIDAD Y ACTUALIZACIÓN*, significa que los datos serán exactos y deberán estar al día con la situación real del afectado, de manera que se garantice la veracidad de los mismos; por lo tanto, los que sean inexactos o incompletos deberán ser cancelados y debidamente sustituidos; *ACCESIBILIDAD*, en cuanto a que el almacenamiento de los datos solicitados debe permitir el ejercicio del derecho de acceso a los mismos; *CANCELACIÓN Y DESCONTEXTUALIZACIÓN* que a partir de mayo 13 de 2014 se constituirá como *DERECHO AL OLVIDO*, es decir, los datos serán eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad que justificó su recolección. Es el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público.

Los Códigos de Conducta ofrecen normas que se adaptan con mayor rapidez a los cambios de la nueva era y que recogen los factores clave para conseguir el correcto desarrollo en los diferentes ámbitos en los que se aplican. Son de aplicación voluntaria, imponen pautas, no mandatos, son certificables por terceras partes independientes y tienen

las siguientes características: a) elaboración por consenso, b) conocimiento público, c) concreción del contenido, d) definición del ámbito de aplicación⁵⁹⁶

Así mismo, se erigen como solución paradigmática y eficaz, ciertas manifestaciones del *soft law* – Derecho voluntario o no vinculante- puestas en práctica por la industria, que comprende los sistemas de autorregulación integrados necesariamente por varios elementos. Hay dos de ellos que ostentan carácter constitutivo, a saber: *El Código de conducta* y *el Organismo de control*. *El Código de conducta* garantiza además del cumplimiento un plus adicional de protección en claro beneficio del consumidor o usuario y para que la vigencia de las estipulaciones contempladas en el Código de conducta no resulte meramente testimonial, ha de existir un *Organismo de control*, que le corresponde actuar frente a los posibles incumplimientos imponiendo la sanción que en cada caso corresponda. Cabe destacar entonces que, los sistemas de autodisciplina constituyen un sugerente complemento de la normativa vigente⁵⁹⁷ con denominaciones diversas como: Códigos deontológicos, de buen gobierno, de ética, de buenas prácticas, etc.

Todos los Códigos de conducta, con buen criterio, establecen expresamente la necesidad de respetar la normativa imperante en lo que a *privacidad* se refiera. A la par, con tal estipulación, es preceptivo que el personal este suficientemente capacitado al respecto ya que existe un alto porcentaje de sitios web que incumplen la legislación. De manera tal que, cuando un potencial consumidor y/o usuario visualice en una página el icono acreditativo de la adhesión al Código de buenas prácticas podrá tener garantía de que el prestador de servicios en cuestión respetará su privacidad. De manera acertada, los sistemas de autorregulación insisten, por un lado, en la obligación de proteger a los menores y a los incapacitados y, por otro, en la necesidad de fomentar políticas de educación a los usuarios en los aspectos relacionados con el derecho a la privacidad. Impera un enorme desconocimiento sobre materias como: Técnicas susceptibles de

⁵⁹⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José y LUNA HUERTAS, Paula (2011), *Sociedad de la Información y el conocimiento y nuevos paradigmas del Derecho: El caso de los Códigos de Conducta en el Comercio Electrónico*. En: *Derecho y Conocimiento*, Vol. 2, pp, 59-99, ISSN 1578-8202. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. España

⁵⁹⁷ LÓPEZ JIMÉNEZ, David., (2011) *Los Códigos de conducta como solución idónea frente a la elevada desprotección de la privacidad en Internet*. En: *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas tecnologías*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho – GECTI. Revista N° 5, enero junio de 2011. ISSN 1909-7786 Colombia

monitorizar el comportamiento con fines publicitarios. Al respecto, el uso de las *cookies* y de otros instrumentos técnicos – como los *spyware*- es de uso restringido según lo establecido en el art. 5.3 Directiva de privacidad y que debe atemperarse a lo establecido por la Directiva 2009/136 que incide en una cuestión sobre la cual, la versión anterior a la reforma no se pronunciaba y que consiste en que expresamente se dispone que el consentimiento se deberá otorgar después de que el prestador de servicios haya informado al usuario, de forma sencilla y completa, sobre los fines del tratamiento de sus datos.

Cuando se hace referencia al marketing digital, marketing *online*, marketing 2.0, net-marketing, marketing interactivo o e-marketing se remite según Muñiz González “al conjunto de estrategias, técnicas y operaciones que coordinadas a través de Internet buscan aumentar las ventas de un producto o servicio. Combina cada uno de los servicios del marketing convencional o analógico con las oportunidades y posibilidades que brinda Internet y la interactividad de los servicios que ofrece. El objetivo es comercializar productos y servicios que satisfagan las necesidades de los clientes y que a través de campañas *online* se consiga atraer a clientes potenciales hacia páginas web corporativas, tiendas *online*, portales generalistas, etc. Se trata de una herramienta propia de las economías de mercado con aplicación en muchas otras actividades de las sociedades humanas. El éxito del Marketing Digital comienza con un proceso continuo de conversión de clientes potenciales en clientes leales, fidelizados y satisfechos que utilizan la Red como canal de comunicación, ventas y/o distribución; ya no importa tanto la participación de mercado como la participación del cliente. La idea es lograr relaciones de negocios, en lugar de transacciones de negocios. La tecnología ha permitido acercar las empresas a sus clientes a través de una implementación de base de datos, los nombres, direcciones, el sector de interés, sus gustos personales, entre otros.

El Marketing Digital no solo ha establecido nuevas reglas de juego, sino que ha permitido un mayor y mejor conocimiento de los clientes lo que ha generado nuevas estrategias de marketing como: alianzas, publicidad *online*, e-mail marketing, herramientas de fidelización (Programas de puntos, descuentos) marketing *one to one*, el uso de Internet con fines de publicidad y venta de productos y servicios mediante avisos en páginas web,

envío de correos masivos o *e-mailing*, utilización de redes sociales, marketing de bitácoras (blogs), como también el marketing en buscadores tanto orgánico SEO (*Search Engine Optimization*: optimización para Motores de Búsqueda) como el pago por enlace o click, SEM (*Search Engine Marketing*: marketing de buscadores)⁵⁹⁸

En la gestión empresarial el comerciante debe considerar los aspectos jurídicos que involucra su actividad, no hacerlo podría generarle problemas legales que se traducen en sanciones económicas, pérdida de oportunidad de negocio, de tiempo y hasta de la libertad si la conducta realizada es considerada como delito. Se hace necesario entonces la acción del derecho material en los mercados de los contenidos digitales con base en la aplicación de los principios generales del derecho, que para efectos del tema que nos ocupa se identifican como los principios de seguridad jurídica que deben estar presentes en todo escenario de justicia material como son: principio de la Buena Fe, el principio del Debido proceso, el principio de Igualdad, el principio de Libertad como principios fundamentales de un Estado de Derecho democrático y a unos principios específicos que en el ámbito internacional se han convenido para la adecuada aplicación de los principios generales del derecho en los mercados de las nuevas tecnologías al interior de la sociedad de la información, entendida como una nueva era antropológica caracterizada por ser una estructura innovadora de organización, gestión y de acceso a los datos. Datos cuya naturaleza puede ser de voz, audio, video, imagen, texto y de su posible combinación dada la convergencia tecnológica.⁵⁹⁹

Por lo anterior, no se concibe en la actualidad que una empresa no use tecnologías digitales para cualquier negocio, así como la publicidad para la promoción de los productos y servicios que se ofrecen al consumidor o usuario. Internet empezó en términos de

⁵⁹⁸ GARCÍA, Arcones María y SAA, Álvarez Rubén. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Universidad Carlos III de Madrid. 2010

⁵⁹⁹ ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *El Principio de Neutralidad de la Red en material de derechos de autor en la Internet*. JURIDIA S.A.S, Bogotá. Colombia. 2012. En mencionado autor es abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho y Tecnologías de la Información. Universidad del Rosario. Especialista en Derecho de las telecomunicaciones. Universidad del Rosario. Magister en Derecho Comercial. Universidad Externado de Colombia y PhD (c) en Derecho de la Universidad Externado de Colombia y Universidad de Paris I Francia. Titulado del Programa *Colombian Business Law*. Universidad de los Andes.

publicidad pues la capacidad publicitaria de la red con la que las empresas pueden ofrecer sus productos posibilita brindar a los clientes en potencia una información clave para su compra. El primer negocio que empezó a funcionar a través de Internet fue el de la publicidad y esta forma de publicidad sigue vigente.

El Derecho, entonces se constituye como una herramienta muy adecuada para las actividades de e-marketing dado que en Internet no existen barreras de espacio y tiempo, por lo cual es indispensable el conocimiento, interpretación y manejo de las leyes y los límites que afectan los derechos y las obligaciones tanto de los profesionales del marketing como de los consumidores.

El marketing digital dispone de un amplio número de herramientas y no todas son adecuadas para todos los sectores y compañías. La base del éxito consiste en la combinación de las herramientas tradicionales con las nuevas *online* desarrollando un plan de e-marketing ajustado a las necesidades y características concretas de la empresa. Muchas de las herramientas utilizadas en e-marketing hacen referencia a la publicidad digital, sin embargo existen herramientas que responden a las necesidades del proceso integral de mercadeo las cuales deben ser utilizadas para el desarrollo de las estrategias de marketing digital. No obstante, al abarcar las herramientas que dan beneficios directos al mercadeo digital no solo se debe hacer mención a aquellas que otorgan beneficios de tipo publicitario, sino que de forma más amplia se debe hacer referencia a las herramientas digitales que cubren las necesidades del proceso integral de mercadeo.

La publicidad entendida como medio de divulgación de anuncios de carácter comercial con elementos como la libre información y la persuasión genera una serie de cuestionamientos jurídicos relacionados principalmente con la protección del consumidor y usuario y la libertad de empresa con origen principalmente en el mensaje publicitario y que direcciona específicamente a la publicidad comercial regulada en la Ley General de Publicidad (LGP) 34/1988 de 11 de noviembre y modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 06/10/97. La publicidad desde el punto de vista del consumidor tiene una repercusión relevante y de obligada regulación pues existen un

conjunto de técnicas de ventas que atraen la atención de los consumidores hacia las prestaciones ofrecidas alterando el proceso racional de toma de decisiones de mercado, bien mediante su inducción a error o bien mediante su sometimiento a una presión psicológica, influencia abusiva o a circunstancias que interfieren y obstaculizan la reflexión y decisión de compra.

Los problemas jurídicos que plantea la publicidad en Internet y específicamente para el Marketing digital son las posibilidades de realizar una publicidad ilícita, esto es, engañosa, desleal, contraria a la Constitución y a la normativa específica que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, razones por las que cobra importancia la protección jurídica de los consumidores y usuarios frente a la publicidad.

La Ley General de Publicidad (LGP) reconoce implícitamente al consumidor como destinatario del mensaje publicitario y acorde con los artículos 3 y 25 de la LGP se estructura como protección de la dignidad humana en el contenido del mensaje, protección frente a la información fraudulenta, protección frente a la persuasión no consciente o subliminal y derecho del receptor a solicitar la rectificación de informaciones publicitarias. Así mismo, la protección que se recoge en la Ley Orgánica para el Procesamiento de Datos (LOPD) en lo referente a el comercio ilegal de datos personales que constan en ficheros automatizados y que se emplean en las diferentes estrategias de marketing digital como el envío de correo no solicitado o *spam*. Así mismo, participan de la regulación de la publicidad, La ley de Competencia Desleal, Los Principios Generales sobre Publicidad y Marketing en Internet de abril 2/1998 de la CCI; el Código sobre Comercio Electrónico y Marketing interactivo de FEDMA; la Declaración Ministerial de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo de la OCDE de Octubre 8/98; el Código de Prácticas Comerciales en línea del *Better Business Bureau* (BBB) y el *BBBOnLine*, y el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de la AECE y la AACC.⁶⁰⁰

⁶⁰⁰ SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Ed. La Ley. 1ª edición. Madrid. 2007. p. 227

La LGP regula los distintos contratos publicitarios a saber: Los contratos de Publicidad, de difusión publicitaria, de creación publicitaria y de patrocinio. El *contrato de publicidad*, al que nos referiremos especialmente en el desarrollo de este capítulo, constituye la figura básica de los tipos contractuales establecidos legalmente por ser el instrumento jurídico de mayor relevancia para el desarrollo de la comunicación publicitaria. El *contrato de difusión publicitaria*, “es aquel por el que, a cambio de una contraprestación, fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga a favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio y tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario” (art.19 de la LGP). El *contrato de creación publicitaria*, (arts. 22 y 23. Cap. II, Título III de la LGP) “ es aquel por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario”. El *contrato de patrocinio publicitario*,(Cap. II, art. 24. Título III de la LGP) “ es aquel por el que, el patrocinado, a cambio de una ayuda económica por la realización de una actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador. El contrato de patrocinio publicitario se registrará por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables”⁶⁰¹

A propósito del contrato de publicidad en Internet es importante destacar que la Red ofrece una serie de ventajas para la prestación de servicios telemáticos e interactivos por las posibilidades que ofrece; ventajas muy bien aprovechadas por la industria publicitaria. Estas especiales características de la Red imponen cláusulas específicas al contrato publicitario, así mismo, habrá que adaptar cláusulas tradicionales a las condiciones de Internet y en otras, será necesario la creación de nuevas cláusulas. El contrato publicitario y el marketing digital se dirigen hacia un contrato de formación en entornos electrónicos abiertos y esencialmente a supuestos de contratación en sitio web, esto es, anonimato, desconfianza, falta de seguridad, actuaciones involuntarias, provisión

⁶⁰¹ SANTAELLA LÓPEZ Manuel. *Derecho de la publicidad*. Civitas Ediciones. S.L. Madrid- España. 2003 Pp. 236

de información previa, sistemas de detección y corrección de errores, emisión de consentimiento libre e informado, verdadero acuerdo de voluntades etc.⁶⁰²

El *contenido del contrato* está determinado por los derechos y obligaciones de las partes y que corresponden a la ejecución de la campaña y los elementos pactados a cargo de la agencia y el cumplimiento de la prestación convenida por el anunciante, en los términos establecidos. La LGP establece además un deber recíproco de fidelidad entre las partes: *“el anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados, cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia. La misma obligación tendrá la agencia respecto de la información o material publicitario que el anunciante le haya facilitado a efectos del contrato.”* Art. 16 de la LGP.

La ley otorga al anunciante el derecho a exigir modificación de la contraprestación o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados, y la indemnización, en uno u otro caso, de los perjuicios que se hubieren irrogado, si la publicidad realizada no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas de aquél. Así lo establece el art. 17 de la LGP. De igual forma, si la agencia sin justificación alguna, incumple la prestación comprometida o lo hace fuera del término establecido, el anunciante podrá rescindir del contrato y exigir la devolución de lo pagado, así como las indemnizaciones correspondientes. (art. 18 LGP).

⁶⁰² RODRÍGUEZ DE LAS HERAS. B. Teresa. *La formación del contrato en el entorno electrónico y los procedimientos electrónicos de contratación*. En: CALVO CARAVACA A. CARRASCOSA GONZÁLEZ. J. *Estudios sobre contratación internacional*. Madrid. 2006,

BIBLIOGRAFIA

- ABASCAL R. F. (2005) *Marketing Social y Ética Empresarial*. ESIC Editorial, disponible en www.editorial.esic.es.
- AGUEDA Esteban, MANDARIAGA Miranda., et tal., *Principios de Marketing.*, Ed. ESIC., Madrid 2008.
- Introducción al Marketing.*, Ed. Ariel Economía S.A., Barcelona 2002.
- ALEGRE L y et al., *Fundamentos de Economía de la Empresa. Perspectiva Funcional.*, Segunda edición., Ed. Ariel Económica., Barcelona 2008.
- ÁLVAREZ del Blanco Roberto M., En *Nuevas Tendencias en Management. Fundamentos y aplicaciones.*, *Conversar con el futuro en una nueva era y horizontes de marketing.*, Ed. Profit Editorial., Barcelona 2010., p. 91
- ÁLVAREZ Vizcaino M., *Estudio de los aspectos legales y éticos del Spam*. Universidad Politécnica de Valencia. pp. 43. España, 2010.
- ARIAS POU María et al.,*La Protección de Datos y sus mundos*. Ed. DAPP. Publicaciones jurídicas., S.L. pp 337 y ss. Pamplona. España 2009.
- Asociación Catalana de Contabilidad y Dirección, ACCID. *Nuevas Tendencias en Management. Fundamentos y Aplicaciones.*, Ed. Profit., Barcelona – España., p. 89 y Ss. 2010.
- AZNAR AUZMENDI José María., *Marketing viral y publicidad engañosa en internet (I)*. 2009, disponible en: www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/nuevas-tecnologias/articulos/marketing-viral-y-publicidad-enganosa-en-internet-i.
- BALIDO LEÓN Raquel. *Marketing Relacional a los sistemas de Gestión de las Relaciones con los Clientes (CRM)*. Cuba. 2007
- BALIDO León Raquel., *Del Marketing Relacional a los Sistemas de Gestión de las Relaciones con los Clientes (CRM).*, 2007, disponible en www.monografias.com
- BARRANCO. S. J. *Tendencias del Marketing*. Conclusiones. Bogotá. 2009.
- BARRIO Fernando. Ph.D. Senior Lecturer in Business Law., London Metropolitan University, UK. *¿Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en Internet? Esa es la cuestión*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. 2006.

- BERMUDEZ Aponte Juan Eduardo., *Que Tanta Influencia Tiene el Marketing en la Sociedad?.*, disponible en www.monografias.com
- BETANCOURT Cardona Guillermo., *Los términos y condiciones como mitigantes de riesgos contractuales para transacciones en internet: Una mirada desde los productos bancarios y el e-trading.* Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, No. 11., ISSN 1909-7786. Bogotá 2014
- BISCHOP Bill., *Marketing estratégico para la era digital.*, Ed. Continental., México 2000., p. 17
- BOUZA VIDAL Nuria., *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales.*, disponible en: www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf.
- BURGOS Carmen. *Cookies y Redes Sociales.* Linklaters 2012
- CALVO Fernández S y REINARES Lara Pedro., *Comunicación en Internet Estrategias de Marketing y Comunicación Interactivas.*, Ed. Paraninfo. Thomson Learning., Madrid 2001.
- CARBAJO CASCÓN Fernando. “*El caso Google AdWords: Sobre la infracción de marcas en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información.*” Revista de Derecho, Comunicaciones y nuevas tecnologías. Nº 5, Enero-Junio de 2011. ISSN1909-7786 GECTI. Universidad de los Andes. Bogotá Colombia. 2011.
- CARBALLO, Aranda Y. *Marketing online.* Universidad Autónoma de Entre Ríos UADER., 2007
- CARBALO Aranda Yanina Eleonor., *Marketing on line., 2007.*, disponible en www.monografias.com.
- CARDOZO CABAS Gina., *Historia del Concepto de Red Social.* Unidad de investigación Universidad Santo Tomás de Aquino. Bogotá. Colombia. 2009.
- CASTELLÓ MARTÍNEZ Araceli. *Ética en publicidad online.* Fonseca, Journal of communication, n.1, p 233. España. 2010
- CONRAD Levison Jay., *Marketing de Guerrilla.*, Ed. Morgan James Publishing., Estados Unidos 2009.

- COPETE FREDDY. *El marketing Relacional y el C.R.M.* Facultad de Administración. Universidad José María Vargas. Caracas 2010.
- COPETE FREDY., *El Marketing Relacional y el C.R.M.*, 2010, disponible en www.monografias.com
- CORDERO Ramírez Javier., *Planeación Estrategia de Marketing para destinos turísticos de empresas.*, Ed. Universidad Autónoma de la Baja California, México. 2003.
- CORTINA Adela, *Ética aplicada y Democracia Radical.*, Tecnos, Madrid 1993.
- COTO Manuel Alonso, *Herramientas de Marketing Digital.* Editado por IE Bussines Publishing, María de Molina 13, 28006 – Madrid. España., 2011
- COVIELLO, N., Milley R., *Understanding IT- enabled Interactivity in Comtemporany Marketing.*, Journal of Interactive Marketing., vol 15, num 4., pp. 18-33
- CUESTA Félix y ALONSO Manuel A., *Marketing directo 2.0, cómo vender más en un entorno digital.*, Ed. Gestión 2000., Barcelona 2010., pp. 41 y ss.
- DAVARA Rodríguez Miguel Ángel., *La Protección de Datos Personales en el sector de las Comunicaciones electrónicas.*, Ed. Universidad Pontificia de Comillas Madrid., Madrid. 2003.
- DAVILA Carlos Ph. D., *Teorías Organizacionales y Administración. Enfoque crítico.*, Ed. McGraw- Hill/ Interamericana., Bogotá 1988.
- DE BERNARDO GONZÁLEZ Martín y BEUGAMINI Prieda Tiziana., *Marketing móvil, una herramienta de comunicación.*, Ed. Netbiblo S.L., p. 24-48., España 2007.
- DE JONG Reneé., *Sácale Partido a Internet.*, Ed. PAPE S.L.U., Barcelona 2010., p. 273.
- DE LA CUESTA RUTE José María., *Régimen Jurídico de la Publicidad.*, Ed. Tecnos., Madrid 1974.
- DEL CASTILLO Vilma Sánchez., *La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las Comunicaciones Electrónicas.*, 1ª Ed., Ed. La Ley., Madrid 2007.
- DÍAZ, BERMEJO Guillermo. *La protección del consumidor en el comercio electrónico.* Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales: Derecho Informático. 2008.
- DIEZ ESTELLA Fernando. *La Competencia desleal y la publicidad*, disponible en: www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tiema_12.pdf
- DREKONJA-KORNAT Gerhard Manfred A. *Max-Neef: El desarrollo a la medida humana.* D+C Desarrollo y Cooperación. N°2 págs. 25-29. Marzo/abril 2002.

- DREYZIN DE KLOR Adriana, *El derecho aplicable a las relaciones de consumo en la arena internacional*. pp. 33 y ss., disponible en: http://www.academia.edu/7842932/Defensa_del_Consumidor.
- DVOSKIN Roberto., *Desarrollo Histórico del Marketing. Teoría y Experiencia.*, ed. Granica S.A., Buenos Aires. 2004.
- EIJLANDER, PH. “*Passibilitese and constraints in the use of self-regulationand co-regulation in legislative policy: Experiences in the Netherlands-Lossons to be learned for the UE*.” EJCL., vol 9,2005, disponible en: <http://www.ejcl.org/91/art91-1.html>.
- ESCOBAR, Mora Camilo Alfonso. *El Principio de Neutralidad de la Red en material de derechos de autor en la Internet*. JURIDIA S.A.S, Bogotá. Colombia. 2012
- Ética y Bioética. *Revista cuatrimestral de investigación* N° 71. Vol. XXI. 1ª-2010. p. 15.
- FERNÁNDEZ J., FONTRDONA J., *et all.Ética del Marketing*. Unión Editorial, S.A. Madrid 1998.
- FERNÁNDEZ, Bargueño Pablo. *La contratación electrónica en el ordenamiento jurídico español*. Blog de Derecho. 2010
- FLORES C, MORAN C y RODRÍGUEZ V., *Las Redes Sociales.*, Enlace virtual- Edición n° 1, octubre de 2009, *Boletín Electrónico de la Unidad de Virtualización Académica – UVA, Universidad de San Martin de Porras- USMP.*, Lima- Perú 2009.
- FLORES CUETO, Juan José (Dir)., MORÁN CORSO, Jorge Joseph (Coor)., y RODRÍGUEZ VILA, Juan José., *Las Redes Sociales.*, Boletín electrónico de la Unidad de visualización Académica- UVA-. Universidad de San Martín de Porres- USMP. Enlace virtual-Ed. n°1, Lima-Perú, octubre 2009.
- GALLO Miguel., *No hay clientes “tipo” sino tipos de clientes.*, Daemon Quest., Profesor de EADA Fascículo 7/10., Madrid- España 2007, pp. 83 y ss.
- GARCÍA SÁNCHEZ María Dolores., *Manual de Marketing.*, ed. ESIC Editorial., Madrid 2008.
- GARCÍA, ARCONES María y SAA, Álvarez Rubén. *Estudio y aplicación de técnicas de marketing online en la creación y optimización de un negocio en Internet*. Escuela Politécnica Superior. Universidad Carlos III de Madrid. 2010.
- GAUTHRONET S. Y DROUARD, É., *comunicaciones comerciales no solicitadas y protección de datos*. Resumen de las conclusiones del estudio de la Comisión de las

- Comunidades Europeas. Enero-2001. p.7. disponible en:
http://www.ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/studies/spamsum_es.pdf.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ Eva., *Conocimientos y Aplicaciones Tecnológicas para la dirección comercial.*, Ed. ESIC., pp. 123-124., Madrid 2004.
- GOUGH, Ian., *Capital global, necesidades básicas y políticas sociales* Ed. Miño Dávila-Ciepp, Buenos Aires 2003.
- GRANDE ESTEBAN Idelfonso., *Marketing de los Servicios.*, Cuarta edición., Ed. ESIC., Madrid 2005.
- GUILLEN CATALÁN Raquel., *La protección de los destinatarios del spam a través de la telefonía móvil: Una visión práctica. BIB 2010/1142.* Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías num.23 Pamplona 2010.
- GUTIÉRREZ A., SÁNCHEZ F.M., *Marketing en Internet. Estrategia y empresa.*, Ed. Pirámide., Madrid 2005., pp., 237 y Ss.
- GUTIÉRREZ ARRANZ Ana María., y otros., *Marketing en Internet: estrategia y empresa.*, Ed. Pirámide., Madrid 2005
- HIRSHMAN Albert. *Morality and the social sciences: a durable tension.* Seidman Foundation, Memphis, 1980.
- ILLESCAS ORTIZ Rafael (Dir.) y HERRANZ RAMOS Isabel (Coord.), *Derecho del Comercio Electrónico.*, 1ª Ed., Ed. La ley., Madrid 2001.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael., " *La autorregulación, entre la quiebra de la realidad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad*", *Derecho privado y Constitución*, ISSN 1133-8768, N° 17, 2003, pp. 291-306., disponible en:
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=835580>
- INSEAD, J.L. *Kellogg graduate school of management, london bussines school y the wharton school of de university of pennsylvania.*, *master en marketing.*, Colección Management DEUSTO, Ed. Deusto., Barcelona 2007.
- INVERNIZZI Gabriela. Traducción de "L'Espresso" de Roma. 1996.
- IRUZUBIETA Gonzalo., *El pago por Clic (PPC): La Democratización de la Publicidad Online.*, 2004, disponible en <http://www.winred.com/internet/el-pago-por-clic-ppc-la-democratizacion-de-la-publicidad-online/gmx-niv113-con2428.htm>

- IZQUIERDO FRANCO, Patricia. *Representación de la raza en la publicidad: análisis de "El País semanal" 1997-2003*. Facultad Ciencias de la Información. Universidad Complutense de Madrid. España 2004.
- JOO, Y. B y KIM, Y.G. *Determinants of corporate adoption of e- marketplace: an innovation theory perspective.*, Journal of Purchasing & supply Management, vol 10., pp. 89-101
- KASTURI Ragan y otros., *¿Que es el Marketing Industrial?.*, Harvard Business School, Rev. 23 de septiembre de 1994.
- KOTLER P., ARMSTRONG G., SAUNDERS J. y WONG V.*et al.*,*Introducción al Marketing.*, Ed. Prentice Hall., Segunda Edición., Madrid 2000.
- KOTLER Phipli; KARTAJAYA Hermawan y SETIAWAN Iwan., *Marketing 3.0.*, 1ª Ed., Ed. Lid Editorial Empresarial S.L., España 2011.
- LEAL Jiménez Antonio., *Gestión del Marketing Social.*, Ed. McGraw-Hill., España 2000.
- LEHU Jean- Marc., *fidelizar al cliente Marketing, Internet e Imagen de Marca.*, Ed. Paidós., Barcelona 2001.
- LENCIONI Patrick., *Make Your Values Mean Something*, Harvard Business Review., Julio 2002.
- LLANO Escobar A. S.J. *Fundamentación de la Ética*. II módulo. Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (ASCOFAME) Universidad Javeriana, Bogotá. Colombia. 1990.
- LLINÁS Juan P. *Ética y moral*. Temas. El Tiempo. Dic. 28. Bogotá. Colombia 1995
- LOERKE, Stephan. *Marketing digital, recolección de datos y privacidad: Hazlo bien o arriesga la confianza en nuestras marcas. Marcas y marketing*. Marzo – Abril 2011.
- LÓPEZ GARCÍA Mabel., *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed.net., disponible en: www.eumed.net/cursecon/libreria/. 2004. p. 6 y ss
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David., *Los Códigos de conducta como solución idónea frente a la elevada desprotección de la privacidad en Internet.*, Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas tecnologías. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. GECTI. Revista Nº 5, enero junio de 2011. ISSN 1909-7786 Colombia.

- LÓPEZ Santaella Manuel., *Derecho de la Publicidad.*, 1º Ed., Ed Civitas Ediciones S.L., Madrid 2003.
- LÓPEZ-PINTO Bernardo y MACHUCA Marta y otros., *Los Pilares del Marketing.*, Ed. UPC. Barcelona 2008.
- MALAGÓN L. G., y GALÁN M. R., *La Salud Pública. Situación actual propuestas y recomendaciones.*, Ed. Medica panamericana., Bogotá 2002., p. 85.
- MARTÍNEZ Priego Chema., *Ser un community manager.* En *Claves del Nuevo marketing.*, Ed. Gestión 2000., Barcelona 2009., pp. 133 y Ss.
- MASLOW Abraham (1908-1970), disponible en ipes.anep.edu.uy/documentos/unicef/materiales/cano/o/aprox_trigo.pdf
- MASSAGUER José., *Las Prácticas agresivas como acto de competencia desleal.*, Actualidad Jurídica Uría –Menéndez. Artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE. Madrid 2010.
- MATIAS Alemán Marcos. *El principio de territorialidad de los derechos de Propiedad Industrial frente a dos nuevas realidades: Globalización e Internet.* Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. GECTI. Rev. N° 4. Junio-2010 Bogotá. Colombia
- MAX NEEF, Manfred: *Desarrollo a Escala Humana. concepto, aplicaciones y algunas reflexiones.* Ed. Developement dialogue Cepaur; Chile 1986. Capítulo III.
- McMILLAN B, & CHAVIS D., *Sense of community: a definition and theory.* Journal of Community Psychology., pp. 6-23
- MESA SÁNCHEZ, Cristina. *Redes Sociales en la industria hotelera. Implicaciones legales del marketing 2.0.* Artículos. Colección J&A Garrigues, S.L.P. Barcelona. 01/04/2013
- MILLÁN Ramón., *e-Marketing.*, en BIT n° 171, COIT & AETIT, 2008, disponible en <http://www.ramonmillan.com>
- MILLÁN Tejedor Ramón., *El año de la Publicidad Online.*, 2007., En Comunicaciones World n° 225, IDG Communications S.A., disponible en <http://www.ramonmillan.com>
- MOLINER Miguel Ángel., *Marketing Social: La gestión de las Causas Sociales.*, Ed. ESIC., 1998
- MUELA MOLINA Clara., *La Publicidad en Internet: Situación actual y Tendencias en la Comunicación con el Consumidor.*, Zer Vol. 13-Núm. 24

- MUÑIZ, González Rafael. *Marketing en el Siglo XXI*. 3ª Edición. Cap. 13. *Marketing en Internet y las nuevas tecnologías* 2010., disponible en: <http://www.marketing-xxi.com/marketing-operativo-en-la-re-513.htm>
- OLIVER Begoña., *White Hat SEO y Black Hat SEO: el bueno y el malo.*, disponible en: <http://tendenciasweb.about.com/od/el-trabajo-y-la-web/a/White-Hat-Seo-Y-Black-Hat-Seo-El-Bueno-Y-El-Malo.htm>
- PARAMO MORALES D. *Marketing: Su esencia conceptual.*, Ed. Uninorte., Barranquilla Colombia 2004.
- PASTEN Verónica, SEFAIR Esteban y VALENCIA Víctor., *Precisiones y delimitación Conceptual del Marketing Social.*, Universidad de Santiago., 2007
- PAZ PARRA Rafael Alberto y PIEDRAHITA M., *Desarrollo Histórico del Marketing.*, Ed. Universidad Libre, Cali- Colombia 2007.
- PÉREZ García Rafael y LÓPEZ Suarez Marcos A., *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual y el Derecho de autor/a.*, Ed. Universidad da Coruña., A Coruña 2008.
- PÉREZ Ignacio Subiza (Coor) y otros., *La Protección de Datos y sus Mundos.*, Ed. *Publicaciones Jurídicas S.L.*, Pamplona 2009.
- PICÓ Estrada Martín. *La esencia del Marketing en la era digital.* Director de la Revista *Marcas y Marketing - ANDA (Asociación Nacional de Avisadores)* *La esencia del Marketing en la era digital.* Marzo – abril de 2011.
- PIRES, G. D y AISBETT, J. *The Relationship between technology adoption and strategy in business-to-business markets.*, *Industrial Marketing Management*, vol 32, num. 4, pp. 291-300. 2003.
- PRADA DAZA R., *Análisis de la crítica social al marketing.* Universidad Icesi. Cali – Colombia 2006., disponible en www.icesi.edu.co/revistas.
- RAMÍREZ Wilson., *Manual del Marketing Político.*, pp 8-14, 2007 disponible en www.lulu.com.
- RAMOS H. E, *La Ética del marketing: Importancia de la ética y responsabilidad social para la efectividad organizacional.*, Ed. Caja San Fernando., Sevilla- España. 2001
- RAPP S. y MARTÍN C., *Max-e-Marketing. Los siete imperativos para desmarcarse de la competencia en la economía en red.*, Ed. Mc Graw Hill., Madrid 2002

- REAL Pérez Alicia. (Coord), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II. Congresos Internacionales "Códigos de conducta y mercado"* Madrid, Marcial Pons, 2010.
- RECALDE Luis A., *Aproximación a una definición de Marketing.*, 1993, disponible en www.monografias.com
- REMOLINA, Angarita Nelson. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica.* Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia. 2006.
- RENVOISÉ P y Morin Ch. *Neuromarketing. El nervio de la venta.*, Ed. UOC., Barcelona-España 2006.
- RIFKIN, Jeremy, *La era de acceso. La revolución de la nueva economía*, Barcelona, Paidós (Estado y Sociedad). 2000.
- RIVERA Camino Jaime y DE GARALLAN López-Rua Menica., *Dirección de Marketing Fundamentos y aplicaciones.*, Ed. ESIC. Madrid 2007.
- RIVERA Sanclemente, María del Rosario. *La protección de datos en el entorno laboral.* Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. GECTI. Núm. 7, Junio de 2012, ISSN 1909-7786. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Colombia 2012.
- *La firma electrónica y la seguridad informático-jurídica en las comunicaciones electrónicas.* Universidad Carlos Tercero de Madrid (UC3M). Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Departamento de Derecho Privado. Madrid. 2010.
- *Seguridad Informática y Comunicaciones Electrónicas.* Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid 2009
- RODRÍGUEZ Andura, Inma, et tal., *Principios y Estrategias del Marketing.*, Ed. UOC., Barcelona 2006.
- RODRÍGUEZ Gladys., *Riesgos del consumidor electrónico en las prácticas publicitarias.*, Revista de Derecho nº 37, ISSN 2145-9355. Barranquilla 2012.
- RODRÍGUEZ, Samuel., MERINO Pedro, RINCON, Luis., *Manual e-Commerce 2014.*, disponible en: www.ecommerce-news.es
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS Ballell Teresa. *Régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplace).* Marcial Pons., Madrid 2006.

- “*Legal framework for personalization-based business models*”, En PAZOS-ARIAS, José J.; DELGADO KLOOS, Carlos; LÓPEZ NORES, Martín (Eds.), *Personalization of Interactive Multimedia Services: A Research and Development Perspective*, Nueva York: NOVA, 2009, pp.3-24.
 - *Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital*. Mayo 29 a 30 de 2008. Jornadas de Archivos Municipales de Madrid.
 - *La formación del contrato en el entorno electrónico y los procedimientos electrónicos de contratación*. Trabajo publicado en CALVO CARAVACA Alfonso Luís. CARRASCOSA GONZÁLEZ., Javier, Estudios sobre contratación internacional., Madrid: Colex, 2006.
 - *Anuncios Patrocinados y Servicios de referenciación: El caso de Adwords de Google*.
 - *Legal Aspects of Recommender Systems in the Web 2.0: Trust, Liability and Social Networking*”, en PAZOS ARIAS, Jose; FERNÁNDEZ VILAS, Ana; DÍAZ REDONDO, Rebeca P.(Eds.), *Recommender Systems for the Social Web, Series “Intelligent Systems Reference Library”* vol. 32, New York (etc): Springer-Verlag, 2012.
 - *Refusal to Deal, Abuse of Rights and Competition Law in Electronic Markets and Digital Communities*, European Review of Private Law, vol. 22, 5-2014.
 - *Intermediación en la red y responsabilidad civil. Sobre la aplicación de las reglas generadas de la responsabilidad de intermediación en la red*. Págs. 13-50. Instituto de Cienas del Seguro. I Congreso sobre las nuevas tecnologías y su repercusión en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología. Madrid – 2010.
- ROSALES Pere., *Estrategia Digital: Como usar las nuevas tecnologías mejor que la competencia.*, Ed. DEUSTO., Barcelona 2010., p. 83., disponible en:
http://es.wikipedia.org/wiki/Inteligencia_colectiva.
- RUBIO SELLES Ricardo., *Dirección de Marketing.*, Ed. Club Universitario., Alicante 2006. p. 95.
- RUBIO VELAZQUEZ, R., et all. *La firma electrónica, aspectos legales y técnicos*. Ed. Experiencia, Barcelona 2004.
- RUFIN Moreno Ramón., *Introducción al Marketing.*, Ed. Sanz y Torres S.L., Madrid 2008.

- SAN MILLAN Fernández. Elvira, MEDRANO García Ma. L. MAYORGAS Quintana I. *Buscadores en Marketing Digital en España: Tendencias*. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid- España 2008.
- SANAGUSTÍN Eva, et. al., En (e-Book) *Del 1.0 al 2.0: Claves para entender en nuevo marketing.*, Ed. Bubock Publishing., España 2009., p. 14
- SÁNCHEZ DEL CASTILLO Vilma., *La publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las Comunicaciones Electrónicas*. Ed. La Ley. Colección Biblioteca de derecho de los negocios. 2007.,pp. 226 y ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ Sabrina., *Venta en Subasta de Nombres de Dominio en Internet.*, en Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías., nº4, Bogotá junio 2010., Universidad de los Andes
- SÁNCHEZ HERRERA Joaquín y PINTADO BLANCO Teresa., *Nuevas Tendencias de Comunicación.*, Ed. ESIC. Madrid 2010.
- SÁNCHEZ Sánchez Rafael. *Comercio Electrónico. Compras seguras por Internet.*, disponible en <http://rafaelsanchezsanchez.suite101.net/comercio-electronico-compras-seguras-en-internet-a57439>
- SANTESMASES MESTRE Miguel., *Marketing conceptos y estrategias.*, Ed. Pirámide., Madrid 1999.
- SARACHU Trigo Gerardo., *Aproximación al análisis de las Necesidades Humanas, los procesos de colectivización y las formas sociales de satisfacción.*, disponible en ipes.anep.edu.uy/documentos/unicef/materiales.htm
- SCHIFFMAN G. León., *Comportamiento del Consumidor.*, Octava Edición., Ed. Prentice Hall., México 2005.
- SELLERS RUBIO Ricardo Et al., *Dirección de Marketing Teoría y Práctica.*, Ed. Club Universitario ECO., Alicante 2006.
- SIERRA LÓPEZ, Ma. del Valle. *Análisis Jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*. Edita: Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2003. pp. 35-36
- SIVERA BELLO Silvia., *Marketing viral*. Ed. UOC. Barcelona 2008., pp. 56 y ss.
- Social and ethical aspects of economics: a colloquium in the Vatican City*, 1991.
- SUBIZA PÉREZ Ignacio et al., *La Protección de Datos y sus mundos*. Ed. DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L. Pamplona. España. S.F. pp. 81-83

TORRES G Fernando., *Cuestiones éticas en el marketing.*

TORRES G. Fernando., *Cuestiones éticas en el marketing.*, disponible en.
www.econ.uba.ar/www/servicios/Biblioteca/bibliotecadigital/institutos/cics/a1n1/cap4.pdf

Universidad de Huelva., *Derecho y Conocimiento*, vol.2, pp. 59-99. Facultad de Derecho.
2003.

VELANDIA, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. 1ª ed. Bogotá. D.C.
Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. p. 332. 2008

ZORIO PELLICER Miguel., *El líder Político.*, Ed. ESIC-Market., pp. 109-120., 1994.

NORMATIVA

NORMATIVA ESPAÑOLA, COMUNITARIA Y EXTRANJERA

- Convenio de la Unión de Paris (CUP) de 20 de marzo de 1983
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-662 de 2000
- Corte Constitucional mediante Sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008.
- Corte Constitucional, sentencia C-662 del 8 de junio de 2000
- *Corte Constitucional. Sentencia T-787 agosto 18-2004)*
- Corte Constitucional. Sentencia T-896-1996
- Decreto 1929 de 2007, *por el cual se reglamenta el artículo 616-1 del Estatuto Tributario. (factura electrónica)*
- DICTAMEN 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea. Adoptado junio 22 de 2010. 00909/10/ES GT 171. Grupo de trabajo de protección de datos del artículo 29
- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco común para la firma electrónica
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.
- Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, del Parlamento y del Consejo Europeo, en la que se afirma que en esta materia son de aplicación todas las directivas vigentes que regulan la protección del consumidor
- Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de diciembre de 2001 relativa a la seguridad general de los productos.
- Directiva 2002/38/CE de la Comunidad Europea, modificada por la Directiva 2006/58/CE del Consejo, de 27 de junio de 2006, en lo que se refiere al período de vigencia del régimen del impuesto sobre el valor añadido aplicable a los servicios de radiodifusión y de televisión y a algunos servicios prestados por vía electrónica

- Directiva 2005/29/CE relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores se considera como prácticas comerciales desleales las prácticas comerciales agresivas
- Directiva 2005/29/CE. Madrid 2010
- Directiva 2006/114/CE
- Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre
- Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.
- Directiva 87/104/CEE, del Reglamento CE núm.40/94
- Directiva 95/46/CE
- Directiva 95/46/CE arts., 2, 4,12 y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 referida a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la protección se extiende tanto a los tratamientos automatizados como no automatizados, se refiere tanto a ficheros informatizados como manuales
- Directiva 95/46/CE sobre Tratamiento de datos personales
- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la Protección de los Consumidores en materia de contratos a distancia.
- El Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
- estatuto del consumidor, Ley 1480 de 2011 del Congreso de la República de Colombia
- la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales
- la Directiva 97/55/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 06/10/97
- la Ley 22/1999 de 7 de junio
- La Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a distancia de Servicios Financieros.

- la Ley 594 de 2000 por la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República de Colombia
- La Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL de Comercio Electrónico o LMNUCE aprobada por la Resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre 16 de 1996, establece que la regulación de la contratación electrónica efectivamente parte del principio de no discriminación por razón del soporte, de modo que no se podrán negar efectos jurídicos a la información por el hecho de constar en soporte digital
- Ley 223 de 1995, Art. 37, *establece la viabilidad en la utilización de facturas creadas, generadas, remitidas y aceptadas vía mensaje de datos.*
- 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.
- 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
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad.
- Ley 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.
- Ley 44/2006, de 29 diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.
- Ley 527 de 1999 Congreso de la República de Colombia.
- Ley 527 de 1999 del Congreso de la República *por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*

- Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.
- Ley 7/2010 de 31 de marzo o Ley General de la Comunicación Audiovisual
- Ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos
- Ley Estatutaria 1266 de 2008 (31 de diciembre) Congreso de la República. Por la cual se dictan las disposiciones generales del Habeas Data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países
- Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL o LMNUCE de Comercio Electrónico aprobada por la Resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas de Dic.16-1996
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
- Resolución R/02990/2013 de la AEPD

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional de España de 15 de junio. 134/1999
- Sentencia Tribunal Supremo 292/2000 de 30 de noviembre
- Sentencia del Tribunal de la Unión Europea, (TJUE). Gran Sala de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 del caso Google Adwords: Sobre la infracción de marcas en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información.
- Sentencia del Tribunal Supremo (STS), RJ1988/7252 de septiembre 23 de 1988
- Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000
- Sentencia TSJUE de 6 de noviembre de 2003. C-101/01. Caso Lidqvist
- Tratado de la Unión Europea. Art. 6. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

- Sentencia de 12 de julio de 2011, C-324/09. L'Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others. Rec. I-6011.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014. C-131/12
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 2014; SAN 51/29/2014.
- Sentencia TSJUE, de 13 de mayo de 2014. C-131/12. Caso Google Spain S.L contra la Agencia Española de Protección de Datos.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, n1 545/2015. Derecho al Olvido Digital.

DOCUMENTOS

ESTUDIOS, INFORMES Y *WORKSHOPS*

- DICTAMEN 2/2010 sobre *publicidad comportamental en línea*. Adoptado junio 22 de 2010. 00909/10/ES GT 171. Grupo de trabajo de protección de datos del artículo 29. disponible en: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm
- Documento de orientación publicado en el 2007 por la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA), titulado “*Cuestiones de seguridad y recomendaciones para las Redes Sociales en Línea.*”, disponible en http://www.enisa.europa.eu/doc/pdf/deliverables/enisa_pp_social_networks.pdf
- El libro blanco de IAB. SEO: *Optimización de webs para buscadores* Vol. 11. Julio de 2010. Revista de la comunicación interactiva y el marketing digital. Madrid 2010., disponible en <http://www.iabspain.net>.
- FEMEVAL: *Tendencias y Marco Legal en el marketing digital y web 2.0*. Equipo marzo, auditores y abogados nuevas tecnologías., disponible en www.femeval.es/departamentos/innovacioncoop/nntt/Documents/tendencias_marcolegal_marketingdigial_web20.pdf
- J&A GARRIGUES, S.L.P., *Primeras sanciones por el incumplimiento de la Normativa Reguladora del uso de cookies en páginas web*. 01-04-2014.Madrid. Disponible en: www.garrigues.com
- Libro blanco vol. 13. Digital Signage: *La cuarta pantalla. sobre marketing digital dinámico elaborado por la Comisión de Digital Signage de IAB Spain, formada por las empresas Introl, Neo Advertising, Nielsen Online, Publimedia Gestión, Truemedias y Vivocom*. 2011. Disponible en: <http://www.iabspain.net>.
- Manual Legal de Marketing. *Regulación de las acciones de marketing.*, Riestra Abogados con la colaboración de la Asociación de Marketing de España., Madrid 2012, p. 21 y ss. Disponible en: <http://www.asociacionmkt.es/wp-content/uploads/ManualLegaldeMarketing2012.pdf>
- Memorandum de Roma., disponible en : http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_en.htm

- *Resolución sobre protección de la vida privada en los servicios de Redes Sociales*, disponible en. http://www.datenschutzberlin.de/attachements/461/WP_social_network_services.pdf
Adoptada en Estrasburgo en 2008 en la 30 Conferencia Internacional de los Comisarios responsables de la protección de datos y la vida privada. http://www.privacyconference2008.org/adopted_resolutios/STRASBOURG2008/resolution_social_networks_en.pdf
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. *Dictamen 5/2009 sobre las Redes Sociales en línea. 01189/09/ES WP 163. Grupo creado por el art. 29 de la Directiva 95/46/CE. Organismo de la UE con carácter consultivo e independiente para la Protección de Datos.*
- Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Interactive Advertising Bureau (IAB), et. all. *Guía sobre el uso de las cookies.*, p. 2., disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf
- Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), *Guía para la lucha contra el Spam.*, SF., Madrid.
- AUSBANC CONSUMO., *El consumidor ante la Publicidad Financiera. ¿Sabemos interpretarla adecuadamente?*, Madrid- Noviembre de 2013

RECURSOS ELECTRONICOS

<https://www.editorial.esic.es/> / ESIC Editorial.

https://www.ipes.anep.edu.uy/documentos/unicef/materiales/cano/o/aprox_trigo.pdf. / Instituto de Perfeccionamiento y Estudios Superiores de Uruguay

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf/Agencia Española de Protección de Datos.

<https://www.aui.es/>Asociación de Usuarios de Internet.

<https://www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/nuevas-tecnologias/articulos/marketing-viral-y-publicidad-enganosa-en-internet-i/> / Legal to day para abogados.

<https://www.monografias.com/> / Buscador de tesis, documentos, publicaciones educativas.

<https://www.blogdemarketingonline.com/>Blog de marketing online.

https://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf/ Universidad del Pais Vasco (Euskal Herriko Unibertsitatea)

<https://www.maketing-xxi.com/>CEF.-Marketing XXI.

<https://www.consumidor.ftc.gov/>Comisión Federal de Comercio. Información para consumidores.

https://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tiema_12.pdf / Blog de Marketing online de Stella Diez Fernando.

http://www.enisa.europa.eu/doc/pdf/deliverables/enisa_pp_social_networks.pdf/European Union Agency for Network and Information Security.

<http://www.ejcl.org/91/art91-1.html/> Electronic Journal of Comparative Law

<http://www.iabspain.net/> Interactive Advertising Bureau Spain

http://www.ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/studies/spamsum_es.pdf. /European Comission.

http://www.femeval.es/departamentos/innovacioncoop/nntt/Documents/tendencias_marcolegal_marketingdigial_web20.pdf / Federación Empresarial Metalúrgica Valenciana.

<http://www.asenterprises.es/news/4/blendedmarketing.php/> As Enterprises

<http://www.pabloburgueno.com/2009/03/clasificacion-de-redes-sociales/>, Blog de Marketing online de Pablo Burgueño. Dic. 20 de 2011.

[http://www.theblendedmarketing.com.](http://www.theblendedmarketing.com/), Blog de Marketing online de Mónica Carratalá Nov. 26 de 2011.

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=835580>/Fundación Dialnet Universidad de la Rioja.

www.impgroup.org/Industrial Marketing and Purchasing Group (IMP).

www.idg.es/Información Online de tecnología para empresas.

www.ie.edu/Enrique_Dans/Instituto de empresa.

<http://www.unidroit.org/>Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

www.garrigues.com/ J&A GARRIGUES, S.L.P.,

www.marketingpower.com/AboutAMA/Blog online Marketing Power

http://www.degerencia.com/tema/analisis_dofa/De gerencia.com

www.eumed.net/coursecon/libreria/. Enciclopedia virtual

<http://www.asociacionmkt.es/wp-content/uploads/ManualLegaldeMarketing2012.pdf> / Asociación de Marketing de España.

<http://img.reducers.com/imagenes/libros/> Marketing en Internet. *El nuevo marketing digital*. p. 24

www.daniel-martin.com.ar/Blog online Daniel Martín

<http://www.un.org/>Organización de las Naciones Unidas.

www.icesi.edu.co/revistas/ / Universidad ICESI

www.rae.es/ Real Academia Española,

www.recursosparapymes.com/ Recursos para Pymes.

www.ecommerce-news.es/ El portal de información sobre comercio electrónico, economía digital y marketing online

www.econ.uba.ar/ Facultad de ciencias económicas Universidad de Buenos Aires

<http://es.wikipedia.org/Wikipedia>.

<http://www.wto.org.com> *World Trade Organization*,

www.comunidadandina.org/normativa/de/D486.htm /La Comunidad Andina.

www.culturamarketing.com/2008/09/necesidades-deseos-y-demanda.html/Cultura Marketing.

http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2015-09-14/asi-es-como-venden-tus-datos-personales-en-internet_1011071/ El Confidencial

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/Canaldelciudadano/derecho_olvido/index-ides/ Agencia Española de Protección de datos.