

El envío de publicidad a través de medios electrónicos y a través de correo físico



Para poder analizar la forma en la que las empresas pueden remitir comunicaciones publicitarias a personas físicas ya sean clientes potenciales clientes o terceros, se debe estudiar la legislación de Protección de Datos, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) respecto al envío de promociones publicitarias mediante medios electrónicos y la Ley General de Telecomunicaciones (LGT).

♦ Ley Orgánica de Protección de Datos

La Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) y el nuevo reglamento que la desarrolla RD 1720/2007 establecen determinados supuestos en los que está permitido el envío de promociones publicitarias sin especificar el medio concreto a utilizar. Estos son:

1. Que los datos figuren en fuentes de acceso público según establece el artículo 3.j de la LOPD. Las fuentes son:

“Aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación.

Tienen la consideración de fuentes de acceso público, EXCLUSIVAMENTE, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo.

Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.”

Siempre que los datos provengan de fuentes de acceso público, se deberá indicar al titular de los datos la fuente de obtención, los derechos que le asisten y ante quién pueden ejercitarse.



La interpretación de este artículo es complicada al desconocer qué se entiende por medio de comunicación o qué se entiende por listado de profesionales o cuándo se va a desarrollar reglamentariamente el censo promocional.

2. Que hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento, habiendo informado previamente al titular sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad, recayendo la carga de la prueba sobre la empresa.
3. Que el envío de la publicidad se realice a un cliente o potencial cliente, siempre que la empresa pueda probar que ha existido una relación contractual o negocial, y siempre que la publicidad esté relacionada con los productos o servicios contratados o por contratar por el cliente o potencial cliente.

En cualquiera de los supuestos, en los envíos publicitarios se debe ofrecer al titular de los datos la posibilidad de revocar su consentimiento de una forma clara y gratuita.

Actualmente existen multitud de empresas dedicadas a la comercialización de Bases de Datos utilizadas para envíos publicitarios. Ante esta situación la compañía que remita la publicidad utilizando este tipo de empresas, deberá protegerse mediante un contrato que establezca que los datos han sido obtenidos con el consentimiento inequívoco e informado del afectado o que estos han sido obtenidos de fuentes de acceso público. Para evitar posibles sanciones lo más recomendable es que el envío publicitario se realice por correo físico, debido a lo establecido por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.

◆ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información



La Ley, establece en su artículo 21 la prohibición de enviar comunicaciones comerciales a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes que no hayan sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas, salvo cuando exista una relación contractual previa y los datos hubieran sido obtenidos de forma lícita 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.

De la misma forma que establecía la LOPD, la LSSI también exige la obligación de ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

◆ Contradicciones entre LOPD y LSSI - LGT

Analizando ambas leyes se observa que la LSSI no tiene en cuenta ni las fuentes de acceso público ni el tipo de destinatario (la LSSI no distingue entre datos de carácter personal o datos corporativos), y sin embargo la LOPD permite el envío de promociones publicitarias a personas físicas cuyos datos aparezcan en las fuentes de acceso público.

Por tanto las empresas que pretenden enviar publicidad a través del correo electrónico a Bases de Datos que aparezcan en fuentes de acceso público como pudiera ser un listado de colegiados o un Boletín Oficial, se encuentran ante una Ley que les permite el envío publicitario y otra que se lo prohíbe.

Incluso la Agencia Española de Protección de Datos y la Audiencia Nacional no se ponen de acuerdo en esta materia. Recientemente una Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos (R/00068/2008) sanciona a una empresa que remitió a una persona física dos faxes publicitarios. La resolución dice expresamente:

“Por otro lado, que el número de fax de la denunciante hubiera sido obtenido de una fuente de acceso público para un tratamiento de datos regulado por la LOPD, como alega y no acredita la denunciada, no exime de la obligación de obtener el consentimiento de la destinataria para la remisión de envíos publicitarios vía fax, regulado por la LGT”

La LGT establece que los consumidores y usuarios finales tendrán derecho a no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.

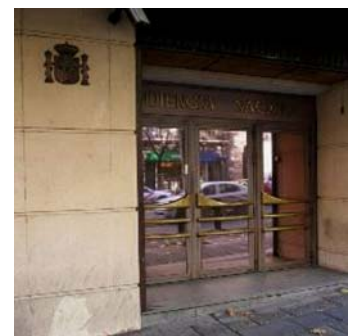
En mi opinión, la primera conclusión es, que se puede enviar publicidad a través de correo físico a titulares que aparezca en fuentes de acceso público pero no a través de correo electrónico u otros medios análogos como el fax. En este sentido, me pregunto qué diferencia hay en tener lleno de publicidad el buzón de casa a tener lleno el buzón de correo electrónico.

Para resolver esta contradicción, se debe analizar el artículo 19 de la LSSI que la Agencia de Protección de Datos no ha tenido en cuenta en la resolución anterior y que establece que las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán, además de por la presente Ley, por su normativa propia y la vigente en materia comercial y de publicidad, y añade: *“en todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales.”*

◆ Sentencia de la Audiencia Nacional aclaratoria

La propia Audiencia Nacional soluciona este conflicto con su sentencia de 3 de octubre de 2007 (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 1ª) que estima el recurso presentado por una empresa sancionada por la Agencia Española de Protección de Datos por haber remitido un correo electrónico publicitario a un titular cuyos datos aparecen en una fuente de acceso público.

La Sentencia establece que se debe aplicar al caso la LOPD según lo establecido por el artículo 19 de la LSSI y por tanto, que habiendo acreditado la recurrente que la fuente de obtención de datos era de acceso público, se estima el recurso presentado contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos.



Resumiendo, la Audiencia Nacional permite los envíos publicitarios a través de medios electrónicos sin mediar consentimiento si estos datos han sido obtenidos de fuentes de acceso público.

En mi opinión y dados los continuos cambios que ha sufrido la LSSI, ¿no hubiera sido más práctico incluir como excepción del artículo 21 las fuentes de acceso público establecidas por el artículo 3.j de la LOPD?

Álvaro Ramos Suárez

**Dpto Protección de Datos
ABRIL ABOGADOS**

© Abril Abogados 2008

www.abrilabogados.com

ABRIL Abogados • C/ Amador de los Ríos, 1, 1º • 28010 Madrid
Tel.: 91 702 03 31 • Fax.: 91 308 37 05 • e-mail: abril@abrilabogados.com