

Informe Jurídico 0538/2008

La consulta plantea si resulta sujeto a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información la actividad descrita en la consulta, según la cual la entidad consultante, que tiene la naturaleza de fundación del sector público estatal con el objeto de la “promoción y difusión del software basado en fuentes abiertas” remite mediante MMS a sus contactos información acerca de eventos y actividades organizados por la misma.

Tal y como dispone el artículo 21.1 de la mencionada Ley 34/2002, “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”.

A su vez, el apartado f) del Anexo de la Ley dispone que es comunicación comercial “toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”.

No obstante, continúa el precepto, “a efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”.

En consecuencia, debe analizarse si el supuesto contemplado encaja en la definición contenida en el párrafo primero del apartado f) de Anexo de la mencionada Ley.

Esta cuestión ha sido analizada por el Grupo de Trabajo creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE en su Dictamen 5/2004 sobre comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa con arreglo al artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE, de 27 de febrero de 2004, en cuyo apartado 3.3 se indica lo siguiente:

*No existe una definición de venta directa ni en las directivas específicas sobre protección de datos ni en las directivas generales. Sin embargo, existe una descripción de fines de venta/comercialización en el considerando 30 de la Directiva 95/46/CE, que establece que «los Estados miembros pueden asimismo establecer previamente las condiciones en que pueden efectuarse comunicaciones de datos personales a terceros con fines de prospección comercial o de prospección realizada por una institución benéfica u otras asociaciones o fundaciones, por ejemplo de carácter político, dentro del respeto de las*



*disposiciones que permiten a los interesados oponerse, sin alegar los motivos y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan».*

*El Grupo de trabajo considera que el artículo 13 de la Directiva engloba, en consecuencia, toda forma de promoción de ventas, incluida la prospección directa realizada por organizaciones benéficas o de carácter político (p. ej. para captar fondos).*

*Cabe señalar que se ha utilizado una definición amplia en el Código de conducta europeo de la Federación Europea de Marketing Directo sobre la utilización de datos personales en la comercialización directa, adoptado por el Grupo de trabajo el 13 de junio de 2003*

En consecuencia, el hecho de que las comunicaciones sean remitidas por una entidad sin ánimo de lucro no implica necesariamente que las mismas no puedan ser consideradas comunicaciones comerciales a los efectos de la normativa reguladora de las comunicaciones comerciales no solicitadas. Debe en este sentido tenerse en cuenta que la definición contenida en la Ley 34/2002 no limita este tipo de comunicaciones a las empresas, sino a las organizaciones y a personas que realizan actividades industriales, comerciales, artesanales y profesionales, pudiendo además la comunicación no sólo referirse a productos y servicios, sino incluso a la “imagen” del remitente.

Teniendo esto en cuenta, en caso de que los eventos o actividades a los que se refiere la consulta puedan tener por objeto alguna actividad que pueda ser considerada de publicidad, promoción o prospección de la entidad consultante o de terceros, como por ejemplo, los miembros de su patronato, la remisión de los mensajes a los que se refiere la consulta podría ser considerado comunicación comercial a los efectos previstos en la Ley 34/2002, requiriéndose el consentimiento de los afectados para que la misma pueda tener lugar.

De los términos de la consulta no se deduce claramente la concurrencia o no en el caso analizado de las circunstancias a las que acaba de hacerse referencia, dado que se ignora si los eventos o actividades tiene por objeto la captación de fondos por parte de la fundación (sin perjuicio de que la misma no tenga ánimo de lucro) o la promoción de determinados productos de software cuya promoción y difusión es precisamente el “primer objetivo” de la consultante.

Por ello, no es posible dar una respuesta terminante a la cuestión planteada, debiendo estarse a lo que se ha indicado como criterio general.

Es cuanto tiene el honor de informar,

Madrid, 24 de septiembre de 2008.