

La consulta plantea si resulta conforme a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante LSSI), una campaña publicitaria consistente en la posibilidad de que aquellos de sus clientes que quieran recomendar a sus conocidos, desde la página web del anunciante, el producto al que la campaña se refiere puedan hacerlo a través de una opción de recomendar, que abrirá un mensaje en su correo electrónico, en donde estará completado el contenido del mensaje, debiendo el cliente rellenar la dirección del destinatario. Se indica que el envío se realiza desde el cliente de correo de la persona que lo envía y desde su dirección IP, por lo que la consultante no tendría, en ningún momento, conocimiento de las direcciones a las que se envía el mensaje o incluso del contenido final del mensaje, ya que el cliente puede modificarlo si lo estima oportuno.

El envío de mensajes comerciales sin consentimiento del destinatario está prohibido por la legislación española en la LSSI, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), a través de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que modifica varios artículos de la LSSI. Dicha Directiva introdujo en el conjunto de la Unión Europea el principio de “*opt in*”, es decir, la necesidad de contar con el consentimiento previo del destinatario para el envío de correo electrónico con fines comerciales. De este modo, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

La LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa “*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*”. Es decir, se desautorizan las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes y servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, si bien esta prohibición encuentra la excepción en el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío cuando “*el prestador 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 fueron objeto de*

*contratación*". De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

La LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo de la siguiente manera:

*"f) 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, la LSSI especifica a continuación en que supuestos una comunicación no tiene carácter comercial señalando *"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 el presente supuesto, se deduce de la consulta que la comunicación no se limita a los datos que permitan acceder directamente a su actividad, como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, sino que contiene un mensaje que se dirige a promocionar un determinado producto. Por otra parte, para encontrarnos en la segunda excepción a la consideración de una comunicación como comercial, ésta debe reunir dos requisitos: el primero de ellos que la comunicación sea elaborada por un tercero, lo que no parece producirse en este caso en que el contenido resulta ya completado por la empresa, aunque se ofrezca al remitente la posibilidad de modificarlo, lo que viene a suponer que la comunicación solamente carecerá de carácter comercial en aquellos casos en que el tercero proceda a reelaborarla y, en segundo lugar, es preciso que no exista contraprestación económica, esto es, que no se incentive la remisión del correo mediante cualquier clase de ventaja o recompensa, ya sea al destinatario o al remitente.

La posibilidad de que se intente obviar la exigencia de la cláusula opt-in, mediante el procedimiento de que el envío se realice desde la dirección de correo electrónico de terceros, está prevista en la Directiva 2002/58 a que se ha hecho referencia, que señala en su artículo 13.3 que *"Se prohibirá, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones."*

Así junto a la prohibición de mensajes publicitarios o promocionales recogida en el artículo 21 de la LSSI debe de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 20 de dicha Ley que dispone lo siguiente respecto de la información exigida sobre las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos:

*“1. Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable.*

*En el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra publicidad o la abreviatura publi.*

*2. En los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, previa la correspondiente autorización, se deberá asegurar, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior y en las normas de ordenación del comercio, que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca.*

*3. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo que dispongan las normativas dictadas por las Comunidades Autónomas con competencias exclusivas sobre consumo, comercio electrónico o publicidad.”*

En este sentido, esta Agencia, en el ejercicio de las competencias sancionadoras que le atribuye la LSSI, ha venido sancionado por incumplimiento de lo previsto en su artículo 21, aquellos supuestos en que se ha considerado que la empresa sancionada había ideado un sistema de enviar correos comerciales omitiendo las exigencias de dicha Ley (consentimiento previo e informado o que, previamente, haya habido una relación contractual entre el remitente del correo y el destinatario) al hacerse a través de personas que sí mantienen una relación con dicha entidad, pero que lo único que han de hacer es reenviar el propio correo comercial de la empresa sancionada.

En consecuencia, la LSSI no prevé que se pueda enviar ningún mensaje por correo electrónico cuyo contenido pueda calificarse de publicitario o promocional, conforme a la definición examinada de comunicación comercial, salvo en el supuesto previsto en su artículo 21.2, por lo que la campaña a que hace referencia la consulta, en los términos en que esta viene formulada, no parece ajustarse a lo previsto respecto de las comunicaciones comerciales en la citada Ley.