

La consulta plantea diversas dudas respecto a la conformidad de la actuación que describe a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) y a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante LSSI).

Según expone la empresa consultante, ha creado para la promoción de sus servicios, marcas y productos una comunidad virtual de usuarios en Internet y estudia incorporar, en su plataforma electrónica, un concurso de piropos en el que el ganador será el más votado y recibirá un premio. El concurso va acompañado de la posibilidad de remitir el piropo a los amigos a través de correo electrónico. La comunicación del piropo llevará inserta en un pequeño icono al margen del mensaje el nombre de la comunidad virtual y el logo de una de sus marcas genéricas de productos, sin que en el cuerpo del mensaje aparezca promocionado producto alguno. Para ello el usuario interesado en enviar el correo electrónico introducirá la dirección del correo electrónico del destinatario. Indica que la plataforma no conservará la dirección de correo electrónico ni la IP del destinatario del mensaje.

I

La primera cuestión planteada se refiere a si la remisión del mensaje a través de correo electrónico puede enmarcarse fuera del ámbito de la LSSI, entendiendo el consultante que se presta un servicio que “no implica tratamiento ni almacenamiento de datos personales” tal y como se indica en la exención contemplada en el considerando 17 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

Según dicho considerando 17 *“La definición de servicios de la sociedad de la información ya existe en el Derecho comunitario, y se recoge en la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información y en la Directiva 98/84/CE del Parlamento*

Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. Dicha definición se refiere a cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio; estos servicios a los que se hace referencia en la lista indicativa del anexo V de la Directiva 98/34/CE que no implica tratamiento y almacenamiento de datos no están incluidos en la presente definición.”

En la lista contenida en el anexo V de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información se contemplan los siguientes servicios:

“1. Servicios no ofrecidos a distancia

- Servicios prestados en presencia física del prestador y del destinatario, aunque impliquen la utilización de dispositivos electrónicos:

- a) revisión médica o tratamiento en la consulta de un médico con utilización de equipo electrónico, pero con la presencia física del paciente;*
- b) consulta en la tienda de un catálogo electrónico en presencia física del cliente;*
- c) reserva de billetes de avión a través de una red de ordenadores realizada en una agencia de viajes en presencia física del cliente;*
- d) juegos electrónicos en un salón recreativo en presencia física del usuario.*

2. Servicios no ofrecidos por vía electrónica

- Servicios cuyo contenido es material, aunque se presten utilizando dispositivos electrónicos:

- a) expendeduría automática de billetes (billetes de banco, billetes de ferrocarril),*
- b) acceso a redes de carretera, aparcamientos, etc., de pago, aun cuando en las entradas o salidas haya dispositivos electrónicos que controlen el acceso o aseguren el pago adecuado.*

- Servicios fuera de línea: distribución de CD-ROM o de programas informáticos en disquetes.

- Servicios no prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos:

- a) servicios de telefonía vocal;*
- b) servicios de fax y télex;*
- c) servicios prestados por medio de telefonía vocal o fax;*
- d) consulta médica por teléfono o fax;*

- e) consulta jurídica por teléfono o fax;
- f) marketing directo por teléfono o fax.

3. *Servicios no prestados a petición individual de un destinatario de servicios*

- *Servicios prestados mediante transmisión de datos sin petición individual y destinados a la recepción simultánea por un número ilimitado de destinatarios (transmisión punto o multipunto):*
 - a) *servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta) contemplados en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 89/552/CEE;*
 - b) *servicios de radiodifusión sonora;*
 - c) *teletexto (televisivo)."*

En consecuencia, debe contestarse negativamente a la cuestión planteada, ya que la actividad a que se refiere la consulta no encaja en ninguno de los supuestos listados en el Anexo V de dicha Directiva, por el contrario, al envío de comunicaciones comerciales por medio de correo electrónico le resulta plenamente aplicable la LSSI que, en la letra a) de su Anexo, califica como servicios de la sociedad de la información los siguientes:

"Servicios de la sociedad de la información o servicios: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

1. *La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
2. *La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
3. *La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
4. *El envío de comunicaciones comerciales.*
5. *información por vía telemática.*
6. *El vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual."*

La LSSI define las comunicaciones comerciales en la letra f) de su Anexo como *"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.” Si bien señala a continuación que “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”.

Para determinar si la remisión de un logo en un mensaje, sin que se lleve a cabo la promoción directa de un producto, atribuye a aquél el carácter de comunicación comercial, debe acudirse a lo establecido en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, cuyo artículo 4.1 establece lo siguiente: “Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.”

El número segundo del mismo artículo especifica que “*Tales signos podrán, en particular, ser:*

- a. Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas.*
- b. Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos.*
- c. Las letras, las cifras y sus combinaciones.*
- d. Las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación.*
- e. Los sonoros.*
- f. Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.”*

El logo de la empresa tiene así la finalidad de identificar a la empresa titular de dicha marca, distinguiéndola de otras, de manera que su presencia supone, obviamente, una promoción de la imagen de aquélla, por lo que las comunicaciones a que se refiere la consulta resultarán incluidas en el concepto de comunicación comercial contenido en el Anexo de la LSSI, salvo que pierda dicha consideración por encontrarse en alguno de los supuestos del párrafo segundo de la letra f) antes transcrito.

A este respecto, debe señalarse que una marca comercial, por su propia naturaleza, no puede considerarse como un dato que permita acceder directamente a la actividad de la empresa, la propia Ley cita, a título de ejemplo, el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, datos dirigidos, no a la publicidad o promoción, sino a facilitar a la persona interesada la puesta en contacto con la empresa. En cuanto a las condiciones requeridas

en el segundo supuesto, es preciso que la comunicación relativa a la imagen de la empresa sea elaborada por un tercero y que no exista contraprestación económica, esto es, que no se incentive con algún tipo de ventaja o recompensa la remisión de las comunicaciones, condiciones éstas que, como se desprende de la consulta, la comunicación que se pretende hacer no reúne.

II

En lo que a comunicaciones comerciales se refiere, debe recordarse que su envío, sin el consentimiento previo 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.

Así, 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 número 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 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 sancionando 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, y que lo único que han de hacer es reenviar el propio correo comercial de ésta.

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 actividad 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.

III

Por último, se consulta si nos encontramos en el ámbito de aplicación de la LOPD cuando la dirección del correo electrónico del destinatario únicamente se utilice con fines de tránsito, sin que se conserve almacene o trate por la empresa para usos posteriores.

El artículo 3.c) de la LOPD define el tratamiento de datos como *“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.”*

Este amplio concepto del tratamiento de datos tiene su origen en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, 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, que configura el tratamiento de datos en su artículo 2.b) como *“cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción.”*

En este mismo sentido el artículo 5.1.t) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, precisa que constituye un tratamiento de datos *“cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.”*

A la vista de la extensión del concepto de tratamiento de datos en las definiciones legales transcritas debe considerarse que la recogida y la utilización de los correos electrónicos de los destinatarios de las comunicaciones constituyen un tratamiento de datos personales, aunque no se almacenen ni utilicen posteriormente para otros usos, quedando dichas actividades sometidas a lo previsto en la normativa de protección de datos.