



La consulta plantea si resulta conforme a la normativa de protección de datos el envío de comunicaciones publicitarias, relativas a los servicios que presta la empresa consultante, a empresas o personas que aparecen en las guías telefónicas o en las guías de colegiados que reparten los colegios oficiales.

Para abordar la cuestión planteada en la consulta debe tenerse en cuenta el medio por el que va a llevarse a cabo la publicidad, en tanto que a la realizada mediante comunicaciones electrónicas resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que establece un régimen diferente a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

I

En el caso de que la publicidad que se pretenda enviar no tenga el carácter de comunicación electrónica, debe señalarse, en primer término, que podrá realizarse en todo caso a personas jurídicas, ya que como se deduce de la propia Ley Orgánica 15/1999, y se señala ahora expresamente en el artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de dicha Ley, aprobado por Real Decreto 1720/2007, a éstas no les es aplicable la protección conferida por la mencionada Ley Orgánica.

Si, por el contrario, la comunicación publicitaria pretende remitirse a una persona física determinada, dicha actividad constituye un tratamiento de datos personales que deberá ajustarse a lo previsto en la citada Ley Orgánica 15/1999. A estos efectos debe tomarse en consideración lo establecido en su artículo 30.1 según el cual *“Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento”*.

El artículo 45 del Reglamento antes citado, desarrolla este precepto, precisando lo siguiente:

“1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, así como quienes realicen estas actividades con el fin de comercializar sus propios productos o servicios o los de terceros, sólo podrán



utilizar nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos se encuentren en uno de los siguientes casos:

- a. *Figuren en alguna de las fuentes accesibles al público a las que se refiere la letra j del artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y el artículo 7 de este reglamento y el interesado no haya manifestado su negativa u oposición a que sus datos sean objeto de tratamiento para las actividades descritas en este apartado.*
- b. *Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad.*

2. Cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, deberá informarse al interesado en cada comunicación que se le dirija del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten, con indicación de ante quién podrán ejercitarse.

A tal efecto, el interesado deberá ser informado de que sus datos han sido obtenidos de fuentes accesibles al público y de la entidad de la que hubieran sido obtenidos.”

En consecuencia, será posible el envío de publicidad, siempre y cuando los datos de las personas a quienes se remita se encuentren en fuentes accesibles al público, siendo preciso examinar si los supuestos a los que se refiere la consulta tienen éste carácter.

La Ley Orgánica 15/1999 define a las fuentes accesibles al público en su artículo 3.j) como” *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.*

El artículo 7 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 delimita el concepto de fuentes accesibles al público disponiendo que “A



efectos del artículo 3, párrafo j de la Ley Orgánica 15/1999, se entenderá que sólo tendrán el carácter de fuentes accesibles al público:

- a. *El censo promocional, regulado conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.*
- b. *Las guías de servicios de comunicaciones electrónicas, en los términos previstos por su normativa específica.*
- c. *Las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección profesional e indicación de su pertenencia al grupo. La dirección profesional podrá incluir los datos del domicilio postal completo, número telefónico, número de fax y dirección electrónica. En el caso de Colegios profesionales, podrán indicarse como datos de pertenencia al grupo los de número de colegiado, fecha de incorporación y situación de ejercicio profesional.*
- d. *Los diarios y boletines oficiales.*
- e. *Los medios de comunicación social.*

2. En todo caso, para que los supuestos enumerados en el apartado anterior puedan ser considerados fuentes accesibles al público, será preciso que su consulta pueda ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación.”

Esta Agencia viene considerando que el concepto de fuente accesible al público debe ser entendido como exigencia de un doble requisito: por una parte, sólo serán fuentes accesibles al público las que mencionan los preceptos transcritos; por otra, será además preciso que la consulta a dichos ficheros pueda ser realizada por cualquier persona, mediando o no el abono de un precio para ello.

Por consiguiente, en lo que a la presente consulta se refiere será conforme a la Ley Orgánica 15/1999 el envío comunicaciones publicitarias a las personas que figuran en las guías de colegiados suministradas por los Colegios Oficiales, si éstas contienen únicamente los datos a que hace referencia el apartado c) del artículo 7 antes transcrito, supuesto en el que tendrán la condición de fuente accesible al público, y a las personas que figuren en las guías de abonados a las comunicaciones electrónicas, como lo son aquellas que cita en la consulta. Asimismo, deberá de tratarse de datos personales que consten en la actual edición de las guías o listados de colegiados, puesto que las ediciones anteriores habrán perdido el carácter de fuente accesible al público, y será preciso que no figure en ellas la oposición al tratamiento de datos con fines publicitarios realizada por el afectado.

En todo caso, el consultante deberá cumplir con el deber de información al afectado, a que hace referencia el artículo 45.2 del Reglamento, por lo que



en cada comunicación comercial que dirija al interesado le informará de que sus datos han sido obtenidos de una fuente accesible al público y de la entidad de la que han sido obtenidos, de la identidad y dirección del responsable del tratamiento, y de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y ante quien podrá ejercitarlos.

Por otra parte, debe recordarse que el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, hace referencia a los ficheros comunes de exclusión del envío de comunicaciones comerciales (los conocidos tradicionalmente como "listas Robinson") disponiendo en su número cuarto que *"Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento."* En consecuencia, el consultante deberá adecuar su actividad a lo previsto en dicho artículo realizando, en cada caso, las correspondientes consultas a los ficheros comunes existentes.

II

Si la publicidad pretende enviarse mediante comunicaciones electrónicas, entre las que se encuentran los mensajes remitidos por correo electrónico, SMS, MMS u otros sistemas equivalentes, debe tenerse en cuenta que a la misma resulta aplicable la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

A este respecto, conviene señalar que actualmente se denomina spam a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo es posible entender por spam 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.

En cuanto a la regulación jurídica del spam, la citada Ley 34/2002, prohíbe el envío de mensajes comerciales sin el consentimiento del interesado. Así, su artículo 21.1, en la redacción resultante de la reforma operada por la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones establece que *"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"*, transponiendo así a nuestro derecho lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de Privacidad en las Comunicaciones Electrónicas.



Esta regla admite una única excepción, prevista en el artículo 21.2 de la Ley 34/2002, a cuyo tenor *“Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que 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 inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente”*.

Además, incluso en este supuesto *“En todo caso, el prestador deberá 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”*.

El ámbito de aplicación del precepto viene delimitado por el concepto de comunicación comercial contenido en el apartado f del Anexo de la Ley, definiendo como tal *“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 en su segundo párrafo se señala 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”*.

Además, del contenido del apartado d) que define al *“destinatario del servicio”* o *“destinatario”* se desprende que la Ley 34/2003 extiende su protección a personas físicas y jurídicas al incluir en su definición a ambas, *“persona física o jurídica”* cuando utilicen *“sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”*.

En el presente caso, se desprende de la consulta que la información que se pretende enviar a través del correo electrónico tiene por objeto la promoción directa de los servicios que presta la consultante, por lo que no existe duda alguna de que el envío de dicha comunicación se encuentra, en todo caso, sometido a lo dispuesto en los artículos 21 y 22 de la Ley 34/2002, en los términos que se han venido indicando.

Asimismo, resulta claro que el mensaje remitido no puede encontrarse amparado en la excepción contenida en el artículo 21.2, párrafo primero, de la citada Ley, toda vez que en el mismo se indica que las direcciones se obtienen de guías telefónicas o de los listados de colegiados publicados por los colegios oficiales, por lo que no existirá una previa prestación de servicios similares a los ofrecidos con la comunicación.



En consecuencia, y sin perjuicio de las restantes responsabilidades a las que pudiera dar lugar el envío de la comunicación, será en todo caso necesario contar con el consentimiento previo y expreso de los destinatarios para que su envío no resulte contrario a lo dispuesto en la Ley 34/2002 y, en consecuencia, sancionable por parte de esta Agencia Española de Protección de Datos, en virtud de las competencias sancionadoras que dicha Ley le atribuye en su artículo 43.2.

En este sentido, debe recordarse que esta Agencia ha señalado reiteradamente que se considera un envío masivo, a los efectos previstos en el régimen sancionador de la Ley 34/2002, la remisión de un mismo mensaje a más de tres destinatarios, así como la remisión a un mismo destinatario de tres mensajes en el plazo de un año.