



SPAM: LA PUBLICIDAD PROHIBIDA

Por Nelly Sánchez Mouriz, Abogada del Departamento de Tecnologías de la Información, de Legalia Abogados, nellysanchez@legalia.com.

Internet está revolucionando las estructuras tradicionales del mercado publicitario al proporcionar una infraestructura común mundial a través de la cual las empresas pueden no sólo realizar acciones de comunicación o promoción sino también transacciones comerciales. Esta situación ha hecho surgir nuevas formas de publicidad como los banners, las ventanas pop-up, los links, los Mini-Sites, los e-text o el Spam.

El "Spam" también conocido como "Junk-mail" o "correo basura" consiste en el envío indiscriminado de mensajes publicitarios no solicitados tanto a cuentas de correo electrónico como a terminales de telefonía móvil (mensajes SMS o MMS). Se trata de una nueva forma de publicidad muy ventajosa para las empresas pues les permite, sin necesidad de hacer grandes inversiones económicas, acceder a un incalculable número de personas. En cambio, representa un serio peligro para los consumidores que han de enfrentarse al continuo bombardeo de mensajes no deseados, perdiendo tiempo y dinero en eliminarlos.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI), que ha entrado en vigor el 12 de octubre de 2002, no ha permanecido ajena a esta nueva fórmula publicitaria, dedicando su Título III a las "Comunicaciones comerciales por vía electrónica". Las empresas que deseen realizar este tipo de comunicaciones han de cumplir una serie de obligaciones establecidas por la Ley. Así, de un lado deben solicitar el consentimiento expreso de los destinatarios y, de otro, informarles de todas las circunstancias previstas en el artículo 20 que exige incluir al comienzo del mensaje la palabra "publicidad", identificar las comunicaciones como tales, indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan y, en los supuestos de ofertas, concursos o juegos promocionales, garantizar que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y participación se expresen de forma clara e inequívoca.

De lo dispuesto anteriormente, se desprende que cuando una empresa pretenda realizar comunicaciones comerciales vía electrónica, no sólo ha de solicitar el consentimiento expreso de los destinatarios sino que, además, ha de hacerlo utilizando cualquier medio que deje constancia del mismo (documento escrito

o electrónico) para, de esta forma, evitar los problemas de prueba que, en caso de denuncia, pudieran surgir en el futuro. No existirá dicho consentimiento cuando el destinatario no responda a los mensajes en los que se solicite o simplemente tolere su envío.

No obstante, esta situación de prohibición absoluta del Spam no tardará en cambiar ya que la reciente Directiva de la Unión Europea 2002/58 relativa a la protección de los datos personales y a la intimidad de las comunicaciones electrónicas permite a las empresas enviar publicidad a sus “clientes” siempre que lo hagan en el contexto de la venta de un producto o servicio. Por supuesto, los clientes conservan la facultad de oponerse a recibir dichos envíos.

El plazo de transposición de esta Directiva finaliza en octubre de 2003 de forma que el Gobierno español ha de optar o bien por modificar la LSSI o bien por interpretarla conforme a lo dispuesto en la normativa europea, siendo esta última la opción más probable. Mientras tanto habrá que estar a lo dispuesto en la tan criticada LSSI que prohíbe el Spam siempre que no se cuente con el consentimiento expreso de los destinatarios, imponiendo sanciones que pueden alcanzar los 150.000 Euros.

Pero, además, la problemática del Spam trasciende el ámbito de la LSSI para situarse en el de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, ya que dicha práctica exige la utilización de algunos datos, como la dirección de correo electrónico o el número de teléfono móvil, que merecen la consideración de datos de carácter personal.

Así que, a día de hoy, cuando una persona reciba un mensaje publicitario en su cuenta de correo o en su teléfono móvil sin haber prestado su consentimiento puede denunciar a la empresa que lo ha enviado ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que ejercerá su potestad sancionadora conforme a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común, o ante la Agencia de Protección de Datos, utilizando los formularios habilitados al efecto y aportando la documentación correspondiente.

Además de todas las iniciativas legislativas en esta materia señaladas anteriormente, está siendo fundamental la labor de algunos órganos públicos, como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que recientemente ha autorizado a Telefónica Móviles para suspender de forma temporal el encaminamiento de las llamadas con origen en su red móvil y destino a números del rango 906, cuando esos números sean recibidos por sus clientes en comunicaciones comerciales a través de mensajes cortos no solicitados.

Por último, mencionar el relevante papel que algunas organizaciones están desempeñando en la lucha contra el Spam. Es el caso de la Asociación de Usuarios de Internet (AUI) que, además de denunciar el “impacto social negativo” del Spam, ha decidido, en colaboración con el Ministerio de Ciencia y Tecnología y otras organizaciones, públicas y privadas, poner en marcha la campaña “Rompe las Cadenas- Lucha contra el Spam” cuyo principal objetivo es sensibilizar a la opinión pública y proponer soluciones frente a las comunicaciones comerciales no consentidas.

Estamos ante un problema que está alcanzando dimensiones sociales y económicas considerables y que exige buscar una solución intermedia que contente a empresas y consumidores. Esperemos que, con las nuevas iniciativas legislativas y sociales, se consiga.

Diario El Comercio, suplemento Empresa y Empleo, p.16, domingo 6 de abril de 2003.