

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LA PUBLICIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA¹

Prof. Dra. M^a del Rosario Fernando Magarzo

Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid y Directora de Asesoría Jurídica de AUTOCONTROL de la Publicidad (España)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. 3. LOS DERECHOS DE ACCESO, RECTIFICACIÓN, CANCELACIÓN Y OPOSICIÓN. 4. EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL ÁMBITO DE ACTIVIDADES PUBLICITARIAS Y DE PROSPECCIÓN COMERCIAL. 4.1. UTILIZACIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL PROCEDENTES DE FUENTES ACCESIBLES AL PÚBLICO CON FINES PUBLICITARIOS. 4.2. CREACIÓN Y CESIÓN DE FICHEROS DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL CON FINES PUBLICITARIOS. A) CREACIÓN DE FICHEROS DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL CON FINES PUBLICITARIOS. B) LA COMUNICACIÓN DE DATOS A TERCEROS CON FINES PUBLICITARIOS. 5. EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES ELECTRÓNICAS. 5.1. RECOGIDA DE DATOS EN LÍNEA CON FINES PUBLICITARIOS. 5.2. PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR VÍA ELECTRÓNICA.

RESUMEN

El progresivo desarrollo de técnicas automatizadas de tratamiento de datos constituye una herramienta de gran utilidad para la industria de la publicidad, en la medida en que permite realizar una óptima segmentación del público destinatario de las comunicaciones comerciales. Sin embargo, debe tenerse presente que, a su vez, tales técnicas representan una potencial amenaza a la privacidad o a la intimidad de las personas. En este artículo se estudia la forma en que la normativa española equilibra estos intereses contrapuestos, como asimismo, la forma en que se regula el tratamiento de datos personales en el ámbito de la publicidad y las comunicaciones electrónicas con fines publicitarios.

ABSTRACT

The progressive development of automatized techniques for personal data treatment can be a useful tool for the publicity industry, allowing a more efficient segmentation of the public who is the receiver of commercial communications. Nevertheless, such techniques represent, at the same time, a potential threat to the privacy and intimacy of people. This paper studies the way that the Spanish law balances these interests and how it regulates personal data treatment in the publicity industry and commercial e-communications.

¹ La autora advierte que éste no es ni pretende ser un artículo científico sobre publicidad y protección de datos personales, sino que se trata de un texto elaborado con fines de difusión general para público no necesariamente especializado.

PALABRAS CLAVES:

Protección de datos personales (España); Privacidad; Industria de la Publicidad; Comunicaciones Electrónicas con fines publicitarios; Ley Orgánica 15/1999; Ley 34/2002; Directiva 95/46/CE; Directiva 2002/58/CE.

KEY WORDS:

Data Protection Law (Spain); Privacy; Publicity Industry; Commercial electronic communications; Organic Act 15/1999; Act 34/2002; Directive 95/46/CE; Directive 2002/58/CE.

1.- INTRODUCCIÓN

El progresivo desarrollo de técnicas automatizadas de tratamiento de datos, es decir, de técnicas de recopilación de datos y de acceso a los mismos, puede constituir una herramienta de gran utilidad desde la perspectiva de la publicidad, en la medida en que permite realizar una óptima segmentación del público destinatario de las comunicaciones comerciales. Sin embargo, debe tenerse presente que, a su vez, tales técnicas representan, *a priori*, una amenaza potencial a la privacidad o a la intimidad de las personas. A través de estas técnicas automatizadas puede llevarse a cabo una sencilla y rápida compilación de datos personales relativos a diferentes aspectos de la persona (económico, cultural, religioso, sexual, etc.). A su vez, a través del correcto tratamiento de estos datos puede trazarse un retrato o perfil que ponga de manifiesto las actitudes y pautas habituales de comportamiento de tal persona. Este perfil podría utilizarse para los más diversos fines -entre otros, de prospección comercial- sin el conocimiento de la persona afectada.

En el ámbito publicitario la problemática derivada de la protección de datos personales se plantea tanto respecto al envío de comunicaciones comerciales tradicionales, como electrónicas. Para llevar a cabo tales actividades es imprescindible que el anunciante, o su agencia de publicidad, dispongan de archivos o listados de datos personales, que les permitan seleccionar para el envío de su publicidad a aquellas personas que, de acuerdo con los datos incluidos en tales archivos, puedan estar interesados en sus productos o servicios.

Paralelamente, la problemática de la protección de la intimidad de las personas frente al tratamiento automatizado de sus datos personales se plantea en el ámbito de aquellas comunicaciones comerciales en las que se incluyen promociones publicitarias, tales como concursos, juegos o sorteos. Como resulta evidente, la participación en tales promociones o sorteos requiere el envío -por vía postal, telefónica o a través de Internet- de datos personales, que habrán de ser recopilados y almacenados. Así pues, por ejemplo, a la hora de elaborar una pieza publicitaria en la que se incluya un cupón de participación en un sorteo o promoción debe tenerse presente la normativa sobre protección de datos personales y, en particular, la normativa que regula la recogida y tratamiento de tales datos.

2.- LA REGULACIÓN DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS PERSONALES

En el ámbito comunitario, la protección de los datos de carácter personal se ha configurado como un Derecho Fundamental. Así se recoge en el artículo 8 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 7 de diciembre de 2002.

Las principales normas de la Unión Europea que regulan esta materia son 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*; y la *Directiva 58/2002/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*.

Por su parte, en el ámbito estatal, la *Constitución Española* dispone que "la *Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*". El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 290/2000 y 292/2000, ha reconocido como derecho fundamental el derecho a la protección de los datos de carácter personal, consagrándolo como un derecho autónomo e independiente respecto al derecho a la intimidad.

La principal norma que regula la protección de datos personales en España es la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD)*. Esta norma ha sido objeto de desarrollo a través del *Real Decreto 994/1999, de 11 de junio por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados que contengan Datos de Carácter Personal*, y del *Real Decreto 195/2000, de 11 de febrero, por el que se establece el plazo para implementar las Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados previstas por el Reglamento aprobado por Real Decreto 994/1999*.

En este marco deben citarse, además, otras normas que contienen disposiciones que inciden sobre esta materia, entre otras: la *Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI)* y la *Ley 23/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*.

Finalmente, debe reseñarse que en estos últimos años se han aprobado varias Recomendaciones de la Agencia Española de Protección de Datos, que inciden en el tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de la publicidad. Nos estamos refiriendo, en particular, a las *Recomendaciones de la Agencia de Protección de Datos al sector del comercio electrónico* y a las recomendaciones incluidas en el documento "*Inspección Sectorial de oficio: concursos, juegos y sorteos en televisión*", de 18 de octubre de 2002.

Por otra parte, el tratamiento de datos personales en actividades de marketing directo ha sido objeto de regulación deontológica en nuestro país a través del Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online, cuyo título IV lleva por título "protección de datos personales". Este Código Ético vino a sustituir al "Código de Protección de Datos Personales en Internet" de la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE) y al "Código Ético de Publicidad en Internet" de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol).

3.- LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

La LOPD contiene una detallada regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, intentando mantener un equilibrio entre la tutela del derecho a la protección de los datos personales, del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, y, por otra parte, el respeto a otros principios y derechos constitucionalmente reconocidos, tales como el principio de libertad de empresa o el derecho a la información.

La LOPD califica como dato personal "*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*" (art. 3 a) LOPD) y extiende su ámbito de aplicación a cualesquiera datos de carácter personal registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado. Se exceptúan de este ámbito de aplicación los ficheros mantenidos por personas físicas para actividades personales o domésticas, los ficheros de materias clasificadas, y los ficheros para la investigación del terrorismo y otras formas graves de delincuencia organizada (art. 2 LOPD).

La protección de datos de carácter personal prevista en la LOPD se rige por seis grandes principios: consentimiento, información, calidad de los datos, seguridad, secreto, y protección especial de datos sensibles.

El primer principio que rige la protección de datos en la LOPD es el *principio del consentimiento del afectado*, recogido en el artículo 6. Este precepto dispone que el tratamiento de datos de carácter personal requerirá, salvo excepciones, el consentimiento libre, inequívoco, específico e informado del afectado. Y añade que tal consentimiento podrá otorgarse en cualquiera de las formas admisibles en Derecho, pudiendo otorgarse de forma tácita, excepto en aquellos casos en que la propia Ley prevea que debe otorgarse expresamente. A modo de ejemplo, puede señalarse que, en principio, y salvo excepciones, se considera que una persona ha prestado su consentimiento inequívoco al tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios o comerciales, cuando facilita tales datos para participar en una promoción comercial y, al recogerse tales datos, se le ha informado de que los mismos se recogen, además, con la finalidad de ser utilizados con fines publicitarios.

Con carácter excepcional, la Ley prevé que no se exigirá la prestación del consentimiento en varios supuestos, a saber: en aquellos casos en los que una ley disponga otra cosa; cuando tales datos se recojan en fuentes accesibles al público; cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas; y, finalmente, cuando tales datos se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, laboral, administrativa o un contrato o precontrato, y sean necesarias para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del mismo, o para proteger su interés vital (art. 6.2 LOPD). Por otra parte, la citada Ley prevé que el consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento por causa justificada, si bien a la revocación no se le podrán atribuir efectos retroactivos (art.4 LOPD).

El segundo principio que rige la protección de datos de carácter personal en la LOPD es el *principio de información*, recogido en el art.5. En virtud de este principio, cuando se recojan datos de carácter personal es necesario que se

facilite previamente al afectado una serie de información, de forma precisa e inequívoca. En primer lugar, debe informarse al afectado acerca de la existencia de un fichero o del tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de esos datos, y de los destinatarios de la información. En segundo lugar, debe indicarse expresamente el carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que le sean planteadas. En tercer lugar, debe informarse sobre las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. En cuarto lugar, debe ponerse en conocimiento del afectado la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Y, en quinto y último lugar, debe indicarse la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Esta información debe ser facilitada con independencia de la vía a través de la cual se recaben datos personales, ya sea a través de líneas telefónicas, mensajes SMS, correo postal, Internet o cualquier otra.

Como no podía ser de otra forma, estas previsiones son plenamente aplicables en el ámbito publicitario. Así, por ejemplo, estas previsiones deberán ser tenidas en cuenta a la hora de diseñar anuncios publicitarios en los que se incluya un cupón para la participación en una promoción o sorteo. En la medida en que en tal cupón se solicite al público la inclusión de ciertos datos personales para la participación en dicho sorteo, es necesario que en el mismo se haga constar de forma clara toda la información anteriormente señalada.

El tercer principio contemplado en LOPD es el *principio de calidad de los datos*. Este principio se establece en el art. 4 LOPD. Este precepto exige que los datos recogidos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades legítimas para las que se hayan obtenido. Así pues, de conformidad con este precepto, los datos no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que fueron recogidos. Además, se exige que los datos sean exactos, estén puestos al día y sean cancelados cuando dejen de ser útiles. Finalmente, de este principio se deriva la prohibición de recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

El *principio de seguridad de los datos* es el cuarto principio que rige la protección de datos personales en la LOPD, y se plasma en el artículo 9 de la LOPD. El citado precepto obliga al responsable de los datos (es decir, a la persona física o jurídica que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento) a adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias para mantener la seguridad de los datos almacenados, evitando la alteración, pérdida o acceso no autorizado a los mismos. Además, con el fin de asegurar el respeto a este principio se prohíbe el registro de datos en ficheros que no reúnan las condiciones establecidas en el *Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal*.

El quinto principio que rige la protección de datos en la LOPD es el *deber de secreto profesional* que obliga al responsable del fichero y a todos aquellos que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos (art. 10 de la LOPD). Este deber subsistirá aún después de finalizar su relación con el titular o responsable del fichero.

El sexto y último principio que preside la regulación de la protección de datos en la LOPD es el *principio de protección especial de datos sensibles*. En efecto, el

artículo 7 de la tan citada LOPD establece un régimen de tutela reforzada para los datos de carácter personal cuyo conocimiento público se estima que puede suponer un ataque a la esfera íntima o privada de la persona. Podemos distinguir tres grupos de datos de carácter sensible. El primer grupo estaría integrado por los datos referentes a ideología, afiliación sindical, religión o creencias. De conformidad con el art. 7 de la LOPD, y con el apartado 2 del art. 16 de la Constitución Española, nadie podrá ser obligado a declarar sobre estos datos. Por consiguiente, cuando se recaben tales datos, deberá informarse expresamente al interesado de su derecho a no consentir que se recaben su datos. Por otra parte, la obtención de tales datos requiere el consentimiento expreso y por escrito del afectado. El segundo grupo de datos especialmente protegidos está integrado por los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual. El apartado 3 del art. 7 de la LOPD dispone que estos datos sólo podrán ser recabados, tratados o cedidos cuando el afectado consienta expresamente o cuando así lo disponga una Ley. Los datos personales relativos a infracciones penales o administrativas constituyen el tercer grupo de datos especialmente protegidos. El apartado 5 del art. 7 dispone que estos datos sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas competentes y sólo en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.

3.- LOS DERECHOS DE ACCESO, RECTIFICACIÓN, CANCELACIÓN Y OPOSICIÓN

La LOPD reconoce a los afectados por el tratamiento de datos personales, fundamentalmente, cuatro derechos: el derecho de acceso, el derecho de rectificación, el derecho de cancelación, y el derecho de oposición.

En virtud del derecho de acceso, previsto en el art. 15 de la LOPD, se reconoce al afectado la facultad de recabar información relativa a sus datos personales sometidos a tratamiento, al origen de los mismos, así como a las cesiones o comunicaciones realizadas o que se prevean realizar. Este derecho podrá ejercerse en intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo. Este derecho se reitera en el art. 30.3 de la LOPD con relación al tratamiento de datos personales realizado con fines de publicidad y prospección comercial.

Así pues, los responsables de ficheros están obligados a facilitar gratuitamente a los titulares de datos personales incluidos en sus ficheros, que así lo soliciten, las informaciones indicadas acerca de tales datos. Se entiende que se da cumplimiento al derecho de acceso, tanto si se permite al interesado consultar los ficheros por medio de la visualización, como si se indican los datos objeto de tratamiento por escrito, copia, telecopia, o fotocopia, certificada o no. En cualquier caso, la información deberá ser facilitada de forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos. La petición de acceso debe ser resuelta en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de la solicitud. En el caso de que la solicitud no reúna los requisitos requeridos, el responsable del fichero deberá solicitar la subsanación de los mismos. Si la contestación a la solicitud de acceso al fichero fuese estimatoria el acceso deberá hacerse efectivo en el plazo de diez días.

Por su parte, el art. 16 de la LOPD establece el derecho de rectificación y cancelación. De conformidad con este precepto se reconoce a los titulares de

datos personales recogidos en ficheros la facultad de instar al responsable del fichero, a cumplir la obligación de mantener la exactitud de los datos, rectificándolos o cancelando los datos de carácter personal cuando resulten incompletos o inexactos; cuando sean inadecuados o excesivos; o cuyo tratamiento no se ajuste a la Ley. Así pues, a solicitud del interesado, el responsable de un fichero de datos personales vendrá obligado a rectificar gratuitamente los datos incompletos o inexactos que obren en su poder, así como aquellos que puedan resultar inadecuados o excesivos o cuyo tratamiento sea contrario a la Ley. Además si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido cedidos previamente, el responsable del fichero deberá notificar la rectificación y cancelación efectuada al cesionario.

La rectificación y/o cancelación deben hacerse efectivas dentro de los diez días siguientes al de la recepción de la solicitud. Si la solicitud no reuniese los requisitos legalmente requeridos, el responsable del fichero deberá solicitar la subsanación de los mismos. Asimismo, si el titular considera que no procede acceder a lo solicitado se lo comunicará motivadamente al solicitante en un plazo de diez días. Conviene precisar que la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, no a su supresión inmediata. En efecto, tales datos deben conservarse a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento de los mismos, durante el plazo de prescripción de éstas.

Finalmente, el art. 6 y el art. 30.4 de la LOPD recogen el derecho de oposición del interesado. En el art. 6 se señala que "en aquellos casos en que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal (es decir, cuando tales datos procedan de fuentes accesibles al público), y siempre que una Ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal". Este derecho se reitera en el art. 30.4 en punto al tratamiento de datos personales con fines publicitarios.

4.- EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL PREVISTO EN EL ÁMBITO DE ACTIVIDADES PUBLICITARIAS Y DE PROSPECCIÓN COMERCIAL

La problemática derivada de la utilización de datos personales en el ámbito de la publicidad ha sido objeto de tratamiento específico, entre otros, en el art. 30 de la LOPD. El citado precepto dispone -siguiendo la doctrina general de la LOPD- que quienes se dediquen a actividades publicitarias, venta a distancia, prospección comercial y actividades análogas sólo podrán utilizar datos de carácter personal "cuando los mismos figuren en fuentes accesibles para el público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados o con su consentimiento".

4.1. Utilización de datos de carácter personal procedentes de fuentes accesibles al público con fines publicitarios

La LOPD considera fuentes accesibles al público: el censo promocional -cuyo desarrollo reglamentario aún no ha sido llevado a cabo-, los repertorios de abonados de servicios telefónicos, las listas de personas de grupos profesionales,

los Diarios y Boletines Oficiales, y los medios de comunicación. Pues bien, de conformidad con el citado artículo 30 LOPD, los datos personales obtenidos de tales fuentes pueden ser utilizados en actividades de marketing directo, sin necesidad de obtener el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, debe tenerse presente que la LOPD establece un régimen especial en relación a tales datos, imponiendo la obligación de indicar en cada comunicación comercial la procedencia de los mismos y reconociendo a los afectados un derecho de oposición, que les permitirá impedir que los datos recogidos en tales fuentes puedan ser utilizados con fines comerciales.

A) Derecho de oposición a la utilización de datos personales recogidos en fuentes accesibles al público

Como hemos señalado, la LOPD prevé distintos mecanismos para garantizar que aquellos ciudadanos que así lo deseen restrinjan al máximo posible la posibilidad de recibir comunicaciones comerciales no solicitadas a partir de los datos obtenidos en estas fuentes de acceso público. En este sentido, en primer lugar, el párrafo segundo del apartado segundo del art. 28 LOPD dispone que los interesados tendrán derecho a exigir gratuitamente a las entidades encargadas del mantenimiento del censo promocional la exclusión de tal censo de todos sus datos personales. En segundo lugar, el art. 28.2, párrafo primero de la LOPD reconoce a los interesados el derecho a exigir a la entidad responsable del mantenimiento de los listados de los colegios profesionales que indique que sus datos personales no pueden utilizarse para fines de publicidad o prospección comercial.

En ambos supuestos la finalidad es la misma, evitar que en contra de la voluntad de una persona sus datos personales recogidos en una fuente de acceso público puedan ser utilizadas para el envío de publicidad. Ambas solicitudes deberán ser atendidas en un plazo máximo de diez días, respecto a las informaciones que se realicen mediante consulta o comunicación telemática, y en la siguiente edición del listado del censo o del colegio, cualquiera que sea el soporte en que éste se edite.

En tercer lugar, el apartado 4 del art. 28 de la LOPD dispone que los datos que figuren en las guías de servicios de telecomunicaciones disponibles al público se registrarán por su normativa específica. Esta obligación se recoge, asimismo, en el art. 12 de la *Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*. En concreto, esta norma establece la obligación de que los Estados Miembros velen porque los abonados tengan oportunidad de decidir si sus datos personales figuran en las guías de abonados, impresas o electrónicas, en la medida en que tales datos sean pertinentes para la finalidad de la guía que haya estipulado su proveedor, y de comprobar, corregir o suprimir tales datos. Y precisa que la no inclusión en una guía pública de abonados, así como la comprobación, corrección o supresión de datos personales de una guía, no deberán dar lugar al cobro de cantidad alguna. Como es sabido, esta norma de la UE ha sido objeto de transposición al Ordenamiento Jurídico español a través de la nueva Ley de Telecomunicaciones. Pues bien, el art. 38.6 de la *Ley General de Telecomunicaciones*, dando cumplimiento al mandato contenido en el art. 12 de la citada Directiva, garantiza a los abonados el derecho a la protección de sus datos

personales, incluyendo el de no figurar en las guías de abonados. Por consiguiente, esta obligación, contenida hasta ahora en el Reglamento de desarrollo de la anterior Ley General de Telecomunicaciones, ha quedado ahora recogida en el articulado de la propia Ley, sin perjuicio de que la misma sea objeto de un desarrollo reglamentario detallado, más adelante.

B) Información que debe incluirse en la comunicación comercial

El art. 5.5 LOPD y, en idénticos términos, el art. 30.2 LOPD establecen la obligación de que cuando se utilicen datos obtenidos de fuentes de libre acceso con fines publicitarios se informe al titular de esos datos, en cada comunicación comercial que se le dirija: de la identidad del responsable del tratamiento de esos datos; de la finalidad de su obtención y tratamiento; y, finalmente, de los derechos que asisten. Como es evidente, de esta forma se trata de garantizar el conocimiento por parte del destinatario de tal publicidad de los derechos que le asisten en el ámbito de la protección de datos, fundamentalmente, el derecho a acceder a tales datos, y, en su caso, a instar su rectificación o cesación.

Si bien el cumplimiento de este requisito legal no plantea graves dificultades cuando el envío de la comunicación comercial se lleva a cabo a través del correo ordinario o, a través de e-mail, no sucede lo mismo en el caso de que tal comunicación comercial sea enviada a través de un mensaje corto a un teléfono móvil (SMS). Como resulta evidente, si en un mensaje comercial enviado a un móvil se incluyesen todas las especificaciones indicadas se excedería, con toda probabilidad, los 160 caracteres, que es el número máximo que admiten los mensajes a móviles.

4.2. Creación y utilización de ficheros de datos de carácter personal con fines publicitarios

A) Creación de ficheros de datos de carácter personal con fines publicitarios

El artículo 25 de la LOPD autoriza la creación de ficheros de datos de titularidad privada que contengan datos de carácter personal cuando tal creación resulte necesaria para el logro de la actividad u objeto legítimos de la persona o empresa de que se trate, y siempre que se respeten las garantías que establece la propia LOPD para la protección de las personas. Por consiguiente, en la medida en que la realización de actividades de marketing directo es perfectamente legítima, nada impide la creación de ficheros que contengan datos de carácter personal con el fin de llevar a cabo actividades de marketing directo.

En todo caso, como resulta evidente, deberán cumplirse las exigencias generales legalmente establecidas para la creación de ficheros de datos de carácter personal. Así, será necesario que la persona o entidad que vaya a proceder a la creación de tal fichero notifique previamente tal circunstancia a la Agencia Española de Protección de Datos (art. 26 LOPD). En tal notificación deberá hacer constar, entre otros: el responsable del fichero; su finalidad, publicitaria en este caso; el tipo de datos de carácter personal que contiene; las medidas de seguridad previstas; las cesiones de datos que se prevea realizar; y, en su caso, las

transferencias de datos que se prevean a terceros países. Si esta notificación cumple los requisitos exigibles, el Registro General de Protección de Datos procederá a la inscripción del fichero; en caso contrario, podrá pedir que se completen los datos que falten o se subsanen.

Finalmente, en la LOPD se recogen una serie de obligaciones exigibles a los responsables de los ficheros de titularidad privada, derivadas del reconocimiento de los derechos de acceso, rectificación, cancelación, y de oposición reconocidos a los ciudadanos –que han sido expuestas con anterioridad– y que, como no podía ser de otro modo, deberán ser cumplidas por los responsables de los ficheros de datos personales con fines publicitarios.

B) La comunicación de datos a terceros con fines publicitarios

La comunicación de datos está sometida, al igual que su obtención, al principio del consentimiento del afectado. En este sentido, el artículo 11 de la LOPD dispone que, en general, los datos de carácter personal sólo podrán ser comunicados a un tercero con el consentimiento previo del interesado, que deberá haber sido informado de la finalidad a la que se destinarán tales datos (art. 11 LOPD). Así pues, si la cesión de datos va a llevarse a cabo con fines publicitarios, el interesado deberá ser informado expresamente de tal circunstancia. Excepcionalmente, no se requerirá el consentimiento del interesado: en primer lugar, cuando la cesión está autorizada en una Ley. En segundo lugar, cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público. En tercer lugar, cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En cuarto lugar, cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. En quinto lugar, cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos. Y, en sexto lugar, cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.

Por su parte, el art. 27 de la LOPD obliga al responsable del fichero a informar a los afectados, en el momento en que se efectúe la primera cesión de datos, indicando: la finalidad del fichero, la naturaleza de los datos que han sido cedidos y el nombre y dirección del cesionario. Esta obligación no existirá: en primer término, en el supuesto de que tal cesión venga impuesta por Ley. En segundo término, si tal cesión responde a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En tercer término, si la cesión de datos tiene por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. En cuarto término, en el supuesto de que la cesión de datos se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o

científicos. Y, en quinto término, en el caso de que tal comunicación se efectúe previo procedimiento de disociación.

5.- LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LAS COMUNICACIONES COMERCIALES ELECTRÓNICAS

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información contiene varios preceptos que regulan las comunicaciones comerciales electrónicas y que inciden, en particular, en la protección de datos de carácter personal. En todo caso, tales disposiciones deben considerarse disposiciones complementarias respecto a las recogidas en la LOPD que, como el art. 19.2 de la LSSI recuerda, es plenamente aplicable a las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica. Además, en punto a esta materia deben tenerse presentes las denominadas "*Recomendaciones de la Agencia de Protección de Datos al Sector del Comercio Electrónico*", elaboradas por la Agencia Española de Protección de Datos. Las citadas disposiciones no introducen nuevas obligaciones para los responsables del tratamiento de datos personales en línea, pero sí detallan la forma en que han de actuar las entidades que operan en línea, para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la LSSI.

5.1. Recogida de datos en línea con fines publicitarios

Como es sabido, el artículo 21 de la LSSI prohíbe 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. Así pues, esta exigencia de consentimiento previo para el envío de comunicaciones comerciales electrónicas implica que incluso en el supuesto de que se envíen comunicaciones comerciales utilizando datos personales recogidos en fuentes accesibles al público será necesario obtener el consentimiento previo expreso del interesado, si no para utilizar tales datos (porque la LOPD no lo exige), sí para llevar a cabo tal envío. En la práctica, esto implica que el interesado, al poder oponerse a la recepción de comunicaciones comerciales electrónicas, indirectamente está pudiendo oponerse, en el concreto caso de que se trate, a la utilización de sus datos personales recogidos en fuentes de acceso público con fines publicitarios.

Por su parte, el artículo 22.2 de la LSSI, de conformidad con la nueva redacción dada por el apartado dos de la Disposición final primera de la Ley General de Telecomunicaciones, dispone que "Cuando los prestadores de servicios empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito. Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso a datos con el fin de efectuar o facilitar técnicamente la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario". Por consiguiente, ha de entenderse que si el destinatario de servicios debiera facilitar su dirección de correo electrónico durante el proceso de contratación o de suscripción a algún servicio y el prestador preten-

diera utilizarla posteriormente para el envío de comunicaciones comerciales, deberá poner en conocimiento de su cliente esa intención y solicitar su consentimiento para la recepción de dichas comunicaciones, antes de finalizar el procedimiento de contratación. A través de este precepto, se reitera en el marco de las comunicaciones electrónicas la obligación establecida por el art. 5.1 a) LOPD, que exige que cuando se recaben datos personales (como es el caso de la dirección de correo electrónico) que van a ser utilizados con fines comerciales o publicitarios se informe previamente al interesado de esta circunstancia.

Además de esta disposición contenida en la citada LSSI, la Agencia Española de Protección de Datos ha establecido en las citadas *"Recomendaciones de la Agencia de Protección de Datos al Sector del Comercio Electrónico"*, varias disposiciones específicamente dirigidas a regular la recogida de datos personales on-line. Así, en el punto segundo de la primera recomendación se dispone que en todas y cada una de las páginas Web desde las que se recaben datos de carácter personal se incluirá de forma claramente visible y accesible la información a la que hace referencia el art. 5 de la LOPD. Con el fin de asegurar la facilidad de acceso a esos datos informativos a los que alude el art. 5 LOPD, las citadas Recomendaciones especifican que podrá optarse entre incorporar en todas esas páginas un botón o texto debidamente etiquetado que, al ser seleccionado permita obtener dicha información; o, preferentemente, por presentar dicha información al usuario de forma ineludible dentro del flujo de acciones que debe ejecutar el usuario para expresar la aceptación definitiva de la transmisión de sus datos a la entidad que los está recabando.

Finalmente, en el apartado quinto de la recomendación tercera (reiterando la obligación establecida en el art. 5.1 a) LOPD y en el art. 22 de la LSSI) se señala que cuando los datos recabados a través de Internet vayan a ser utilizados para el envío -postal o electrónico- de publicidad, debe informarse también al usuario de esta circunstancia en el momento de recabar sus datos. Asimismo, señala que debe concedérsele la facultad de oponerse a esta modalidad de tratamiento, indicándole el procedimiento que deberá seguir para el caso de que decida hacer uso de ella.

5.3. Prestación del consentimiento para la utilización de datos personales

En punto a la prestación del consentimiento del afectado, el apartado segundo de la recomendación segunda de la Agencia Española de Protección de Datos reconoce que "cuando un usuario facilita voluntariamente sus datos de carácter personal a través de Internet para una finalidad distinta de la mera ejecución de la transacción comercial, se entenderá que consiente en el tratamiento de los mismos en los términos de los que haya sido convenientemente informado en el momento de la recogida". Así pues, si un usuario ha facilitado voluntariamente sus datos al adquirir un producto en línea, y al recabar tales datos se le ha informado de que los mismos van a ser utilizados con fines publicitarios, se entenderá que el usuario ha prestado su consentimiento para la utilización publicitaria de tales datos.

Esta recomendación parece coincidir, en lo esencial, con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LSSI que -recogiendo lo dispuesto en el art.13.2 de la *Directiva 2002/58/CE*- señala: "Lo dispuesto en el apartado anterior no será de apli-

cación 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.

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.

En lo que respecta a los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, como es sabido, el art. 7.3 LOPD dispone que tales datos sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando por razones de interés general, así lo disponga una Ley o cuando el afectado consienta expresamente. Pues bien, la recomendación quinta señala que para que se considere válido el consentimiento del afectado para el tratamiento de tales datos, será necesario que tal consentimiento se preste a través de un procedimiento en el que el usuario tenga participación activa, de tal forma que, a través de la Web, pueda manifestar expresamente su voluntad de que esos datos sean recabados y tratados. Entendemos que para dar cumplimiento a esta recomendación será suficiente con incluir un párrafo en el que se señale que el usuario presta su consentimiento para la recogida y tratamiento de tales datos, incluyendo al lado un recuadro que el usuario debe marcar, haciendo *click* sobre el mismo.

Por otra parte, en las citadas recomendaciones se prevé que si aparte de los datos que facilita voluntariamente el interesado a través de Internet se utilizan procedimientos automáticos invisibles de recogida de datos relativos a una persona identificada o identificable (*cookies*, datos de navegación, información proporcionada por los navegadores, contenidos activos, etc.), debe informarse claramente al usuario de esta circunstancia antes de comenzar la recogida de datos a través de ellos.