

# eco Directiva relativa al marketing por correo electrónico admisible

Directrices para la práctica

6ª Edición 2016

**ACTUALIZADA**  
Lista mundial  
Opt-In/Opt-Out

editado por



1. Prólogo	4
2. Consentimiento	5
2.1. Fundamentos jurídicos	5
2.2. Concepto de publicidad	6
2.3. Consentimiento transparente	6
2.4. Declaración consciente, clara y explícita	7
2.5. Requisitos formales para el consentimiento	9
2.6. Minimización de los datos	9
2.7. Co-registro y compra de direcciones	9
2.8. Consentimiento de menores	10
2.9. Validez del consentimiento	10
2.10. Demostrabilidad del consentimiento (Double-Opt-In)	11
2.11. Documentación del consentimiento	17
2.12. Excepción al método opt-in: Publicidad por correo electrónico en caso de una relación existente con el cliente	17
2.13. Publicidad en correos transaccionales	20
2.14. Solicitudes de comentarios tras la compra	21
2.15. Consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de los requisitos legales	22
3. Dar de baja	23
3.1. ¿Es fácil darse de baja de una suscripción?	23
3.2. ¿Se da respuesta a las consultas y reclamaciones?	26
4. Diseño de boletines informativos	28
4.1. Asunto	28
4.2. Contenido	29
4.3. Identificación del remitente	31
4.4. Aviso Legal legítimo	31

5. Elaboración de perfiles y medición del comportamiento de apertura y clic	32
5.1. Aplicación de la legislación sobre protección de datos	32
5.2. Perfiles de usuario en el marketing en línea y por correo electrónico	34
5.3. Consecuencias para el marketing por correo electrónico	35
6. Tratamiento de datos por encargo con la integración de proveedores de servicios	35
6.1. Ventaja de la estructuración como tratamiento de datos por encargo	36
6.2. Tratamiento de datos por encargo	36
6.3. Tratamiento de datos por encargo transfronterizo	38
6.4. Responsabilidad del responsable	38
7. Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea: Un enfoque	39
7.1. ¿Continuidad limitada de los consentimientos después del 25 de mayo de 2018?	39
7.2. Regulación del consentimiento	40
7.3. Disposiciones sobre transparencia	40
7.4. Elaboración de perfiles	41
7.5. Tratamiento de datos por encargo	41
7.6. Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Directiva 2002/58/CE)	42
7.7. Conclusión	42
8. Qué se debe tener en cuenta en otros países en relación con el marketing por correo electrónico	43
8.1. Aspectos legales en Suiza	43
8.2. La situación jurídica en Austria	50
9. Nuestra recomendación: Certified Senders Alliance	55
10. Opt-In u Opt-Out. Qué se aplica en algunos países del mundo	57
Autores & Revisión	67

## 1. Prólogo

En 2002, el Grupo de expertos en marketing digital de eco - Verband der Internetwirtschaft e.V. (eco<sup>1</sup> - Asociación Alemana de Economía en Internet) aprobó la primera „Directriz de marketing digital solicitado“. Desde entonces, esta directriz se ha actualizado periódicamente, se han distribuido más de un millón de ejemplares de esta conocida guía o se ha descargado en formato PDF del sitio web de eco.

La revisión actual de esta directriz toma en consideración una serie de sentencias recientes (p. ej. la sentencia del [BGH] Tribunal Supremo Federal alemán relativa a las respuestas automáticas de correos electrónicos). Cabe destacar las consecuencias derivadas del nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, que será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018. Este reglamento se aplicará directamente y de inmediato sin necesidad de transposición a la legislación nacional de cada Estado miembro. La publicidad ilícita y las violaciones de la seguridad de los datos personales pueden ser sancionadas con multas significativamente elevadas de hasta 20 millones de euros.

Se completó la amplia lista de países con explicación de los fundamentos jurídicos del marketing por correo electrónico. Además, se han ampliado los capítulos sobre la situación jurídica en Austria y Suiza.

El marketing por correo electrónico sigue siendo un elemento esencial e integral de la comunicación con los clientes utilizado por

muchas empresas. Con el fin de ilustrar las particularidades en cuanto a la conformidad jurídica de esta comunicación de marketing, en esta guía se proporcionan instrucciones de actuación concretas y, particularmente, prácticas. La presente directriz da respuesta a las preguntas más frecuentes de carácter jurídico. Para cada pregunta existen tres ámbitos:

1. Requisitos legales
2. Una explicación del problema y sugerencias para la aplicación práctica de los requisitos legales
3. Ejemplos prácticos

Desde el punto de vista empresarial, las consultas de carácter legal más importantes al enviar correos electrónicos son:

- ▶ ¿Se tiene el consentimiento del destinatario?
- ▶ ¿Se puede demostrar el consentimiento?
- ▶ ¿Sabían los destinatarios qué significa su consentimiento?
- ▶ ¿Se informó a los destinatarios de la posibilidad de darse de baja, que además debe ser gratuita y sin dificultades?
- ▶ ¿Reciben los destinatarios un correo electrónico de confirmación de su consentimiento?
- ▶ ¿Se contestan las consultas?
- ▶ ¿Es confuso el asunto indicado?
- ▶ ¿Se puede identificar al remitente claramente?
- ▶ ¿Está completo el Aviso Legal?
- ▶ ¿Hay un caso de tratamiento de datos por cuenta de un tercero y se han cumplido los requisitos legales correspondientes?

Obviamente, esta directriz no puede sustituir el asesoramiento legal individual. Sin embargo, puede contribuir a que las empresas obtengan más seguridad si usan el medio de

<sup>1</sup> eco: por sus siglas en inglés „electronic commerce“, comercio electrónico - Se anexa una lista con indicación de las siglas y abreviaturas utilizadas.

comunicación correo electrónico o marketing directo en contacto con clientes potenciales. El consumidor también debe poder sentirse más seguro al proporcionar su dirección de correo electrónico a una empresa. En este caso, seguro significa que las direcciones no serán transmitidas a terceros sin más, que los correos electrónicos se enviarán únicamente con el consentimiento del destinatario y que es posible retirar con facilidad la propia dirección de la lista de correo en cualquier momento.

El gran éxito del correo electrónico como medio de comunicación se basa en la confianza y esta directriz debe contribuir a eso. Esta directriz se puede consultar también en Internet en <https://certified-senders.eu/documents>.

## 2. Consentimiento

Actualmente debe ser de conocimiento general que para ofrecer publicidad por correo electrónico, tanto en el sector B2C como en el B2B, se requiere el consentimiento previo del destinatario. Las condiciones de un consentimiento efectivo se pueden resumir como sigue:

- › transparente
- › voluntario
- › consciente, claro, explícito y
- › separado

Además, es necesario que el consentimiento se pueda demostrar y se registre en detalle. La ley contempla determinadas facilidades para la publicidad por correo electrónico en el marco de relaciones existentes con el cliente (véase capítulo 2.12).

### 2.1. Fundamentos jurídicos

En Europa, la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (conocida también como Directiva de ePrivacy) establece en el Artículo 13 que se requiere el consentimiento del destinatario para el envío de publicidad por correo electrónico. Por lo tanto, esta declaración básica se aplicará a todos los países de la UE por igual. Sin embargo, las Directivas de la UE no se aplican directamente, sino que se deben incorporar en la legislación nacional de cada país de la UE. En esta transposición a la legislación nacional resultan con frecuencia diferencias jurídicas que no se pueden considerar insignificantes. Además, los tribunales nacionales y las autoridades supervisoras de la protección de datos a menudo interpretan las leyes de manera diferente. Esto da lugar a que, aunque la ley relativa al marketing por correo electrónico está basada en un fundamento europeo uniforme, se puedan observar en detalle algunas diferencias (véase también el resumen sobre la situación jurídica en diferentes países en el capítulo 10).

Las disposiciones de la Unión Europea sobre la publicidad por correo electrónico se incorporan a la legislación nacional en Alemania por la Ley Federal de Protección de Datos (BDSG), la Ley Alemana de Servicios de Telecomunicación (TMG) y la Ley Alemana contra la Competencia Desleal (UWG). La necesidad del consentimiento para la publicidad por correo electrónico se desprende del Art. 7, apartado 2 de la UWG y del Art. 28, apartado 3 frase 1 de la BDSG.

Aunque el principio „Publicidad por correo electrónico solo con el consentimiento“

parece sencillo, resulta difícil su aplicación detallada. Debido a las numerosas sentencias y reformas legislativas, los requisitos en cuanto a declaraciones de consentimiento jurídicamente válidas también se modifican continuamente (siendo después, por lo general, más restrictivas).

Una reforma legislativa futura ya ha comenzado a proyectar su sombra: El Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea.

El nuevo Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea entrará en vigencia el 25 de mayo de 2018 y se aplicará directamente y de inmediato sin necesidad de transposición a la legislación nacional de cada Estado miembro. Con este Reglamento se pretende, entre otras cosas, armonizar la legislación relativa a la protección de datos en la UE. Desde el punto de vista alemán, la situación jurídica en cuanto al consentimiento y a la admisibilidad de la publicidad por correo electrónico se conservará en líneas generales. Sin embargo, la publicidad ilícita puede ser sancionada con multas significativamente elevadas. La cuantía de la multa por violaciones de la seguridad de los datos personales aumenta a 20 millones de euros o 4% del volumen de negocios anual global de una empresa (dependiendo cuál sea mayor).

## 2.2. Concepto de publicidad

Si un correo electrónico contiene publicidad, se requerirá el consentimiento del destinatario. En consecuencia, se plantea la pregunta de lo que debe calificarse jurídicamente como publicidad.

La legislación y la jurisprudencia son poco aprensivas en cuanto al significado de publicidad. Toda forma de comunicación que directa o indirectamente se use para vender productos y servicios, se incluye en el concepto de „publicidad“. El concepto de publicidad „debe interpretarse en sentido amplio“, suelen decir elegantemente los juristas. La jurisprudencia considera también como publicidad, por ejemplo las felicitaciones de cumpleaños y los saludos navideños de una empresa enviados por correo electrónico a sus clientes, así como también los correos electrónicos para un estudio de mercado que no es imparcial, sino que se realiza en interés de la compañía. Casi todo lo que hace una empresa y que lo comunica externamente tiene como finalidad última la venta de productos y servicios. Esto incluye también, por ejemplo, la publicidad por demanda o una simple publicidad de imagen (publicidad de una marca sin hacer referencia a un producto específico), así como también los denominados mensajes de servicio con indicaciones sobre otros productos, ya que las ventas indirectas también se deben promover con estos.

Igualmente, la publicidad electoral de los partidos políticos y la publicidad de las organizaciones sin fines de lucro para recaudar fondos están comprendidas en el concepto de publicidad.

## 2.3. Consentimiento transparente

Un consentimiento válido debe cumplir determinados requisitos en cuanto a la forma y al contenido. Por lo tanto, es fundamental informar primero a la persona que da el consentimiento, de forma transparente y comprensible, sobre el contenido de su

declaración de consentimiento. De conformidad con el Art. 4a, apartado 1, frase 2 de la BDSG, así como la jurisprudencia pertinente del Tribunal Supremo Federal (BGH) del 25 octubre de 2012, Exp. I ZR 169/10 se considera que los consentimientos son válidos solo si se dan con conocimiento de causa y para el caso específico. La persona que otorga su consentimiento debe poder tener una idea clara de por quién y con qué fines se van a utilizar sus datos.

La empresa que quiera invocar el consentimiento posteriormente, debe estar claramente identificada. En este caso, el consentimiento siempre será válido solo para la empresa citada expresamente. No existen „consentimientos en blanco“ que autoricen, por ejemplo, a una empresa XY y a sus „empresas asociadas“ a hacer publicidad por correo electrónico. La legislación sobre protección de datos tampoco conoce ningún privilegio para grupos corporativos. Tampoco está permitida la distribución de correo electrónico para uso publicitario a través de otras empresas del grupo (en el consentimiento no se mencionan expresamente las empresas del grupo). Una mención general de la empresa XY „ y las empresas asociadas“ es probable que también infrinja la obligación de transparencia.

Asimismo, en el contenido de los futuros correos electrónicos publicitarios es necesario que la declaración de consentimiento sea lo más transparente posible. Por ejemplo, si una empresa distribuye distintas líneas de productos bajo diferentes marcas, la declaración de consentimiento debe indicar claramente si el destinatario en el futuro recibirá solamente publicidad de la línea de productos de la marca X o si se promocionan todas las marcas de la empresa.

### Worst Practice/Ejemplos negativos:

- Doy mi consentimiento para el uso de mis datos con fines publicitarios. Puedo revocar mi consentimiento en cualquier momento por correo electrónico a [unsubscribe@abd.de](mailto:unsubscribe@abd.de).

Un consentimiento de este tipo no es válido, ya que aquí no están claros los medios de comunicación (correo electrónico, SMS, teléfono, carta) que se utilizarán para la publicidad.

- Deseo recibir publicidad por correo electrónico de la empresa ABC S.R.L. y de las empresas asociadas de ABC S.R.L. Puedo revocar mi consentimiento en cualquier momento por correo electrónico a [unsubscribe@abc.de](mailto:unsubscribe@abc.de). Además, en cada correo electrónico se incluye un enlace para la eliminación de otras informaciones.

Esta declaración de consentimiento no aclara al usuario de qué empresas asociadas se trata. Por consiguiente, la persona que otorga el consentimiento no tiene idea de las empresas a las que se transmitirá su correo electrónico. En caso de un consentimiento que incluye también la transferencia de datos a terceros, es necesario nombrar exactamente los destinatarios potenciales de los datos.

### 2.4. Declaración consciente, clara y explícita

De acuerdo con el Art. 7, apartado 2, nº 3 de la UWG es necesario que el consentimiento sea otorgado de forma explícita, es decir, de forma consciente y activa. Esto se puede

hacer por escrito mediante la firma de la persona que otorga el consentimiento o de forma electrónica haciendo clic en la casilla correspondiente. Una opción opt-out (darse de baja), por ejemplo una casilla de verificación que se puede activar si no se quiere recibir publicidad por correo electrónico o una casilla ya activada, no suponen un otorgamiento de consentimiento válido. Tampoco la publicación de la dirección de correo electrónico en vistas públicas, en Internet, en un papel con membrete o una tarjeta de visita no representa un consentimiento para el envío de publicidad por correo electrónico. El consentimiento presunto o tácito que solo haga presumir un interés por parte del usuario, ya no es suficiente.

El consentimiento para el envío de publicidad por correo electrónico también debe darse siempre por separado, es decir, no puede ser relacionado con otras declaraciones. Para la confirmación de una compra en una tienda en línea („Ahora confirmar el pedido y la obligación de pago“) por una parte, y el consentimiento para publicidad por correo electrónico, por otra parte, deben estar disponibles dos casillas separadas. Esto ha sido confirmado nuevamente por el BGH en su denominada „Sentencia Payback“ (sentencia del 6 julio de 2008, Exp. VIII ZR 348/06).

La redacción de la declaración de consentimiento también debe indicar claramente que se otorga en ese momento un consentimiento. Por ejemplo, la expresión „Yo sé que ...“ no es suficiente, ya que la persona que otorga aquí el consentimiento no es necesariamente consciente de que está otorgando

un consentimiento. El Düsseldorf Kreis<sup>2</sup> informa de esto en su útil „Guía de orientación sobre la declaración de consentimiento en materia de protección de datos en formularios“ de marzo de 2016.

### Worst Practice/Ejemplo negativo:

- NO quiero recibir el boletín informativo por correo electrónico de ABC S.R.L.

Este opt-out no se considera una declaración de consentimiento válida. El consentimiento requiere una intervención activa de la persona que otorga el consentimiento. Sin embargo, aquí la persona que otorga el consentimiento debe actuar si precisamente no quiere otorgar su consentimiento.

### Best Practice/Ejemplo positivo:

- Deseo recibir por correo electrónico el boletín informativo semanal de ABC S.R.L. con información de sus ofertas en el área de las telecomunicaciones. En ningún caso, mis datos serán cedidos a terceros. Puedo revocar en cualquier momento mi consentimiento por correo electrónico a [unsubscribe@abc.de](mailto:unsubscribe@abc.de) con efectos en el futuro. Además, en cada correo electrónico hay un enlace para la cancelación del envío de información.

Esta declaración de consentimiento cumple los requisitos legales.

<sup>2</sup> El "Círculo de Düsseldorf" es un gremio de decisión y coordinación de las entidades independientes de protección de datos del Estado Federal y de los Estados federados (Länder) en el sector privado.



## 2.5. Requisitos formales para el consentimiento

Consentimiento por tarjeta postal o carta: En principio, los consentimientos deberán otorgarse por escrito (Art. 4ª, apartado 1, frase 3 de la BDSG). A los efectos de la ley, se entiende „por escrito“ la firma manuscrita de la persona que otorga el consentimiento. Si el consentimiento fue otorgado por ejemplo en un documento (una tarjeta postal o una carta) que ha firmado el usuario futuro del correo electrónico publicitario, el consentimiento se podrá probar con este documento. Es absolutamente necesario conservar este documento.

Consentimiento en línea: En Internet también se pueden otorgar consentimientos de forma electrónica. El consentimiento electrónico debe cumplir algunos requisitos formales según el Art. 13, apartado 2 de la TMG, en concreto:

- › el consentimiento debe quedar registrado,
- › el usuario debe poder consultar el contenido del consentimiento en cualquier momento,
- › el usuario debe poder revocar el consentimiento en cualquier momento con efectos en el futuro. Se deberá informar previamente sobre este derecho de revocación (Art. 13, apartado 3 de la TMG).

Consentimiento en persona o por teléfono: El consentimiento se puede otorgar también directamente en persona o por teléfono, por ejemplo por una llamada a un Call-Center (central de llamadas) o „cara a cara“ en una feria. Sin embargo, desde la reforma de la ley de protección de datos en el año 2009, estos consentimientos que no se otorgaron

por escrito o electrónicamente con arreglo del Art. 13 de la TMG, se deberán confirmar por escrito (Art. 28, apartado 3a de la BDSG).

## 2.6. Minimización de los datos

En relación con el consentimiento no se pueden pedir más datos al destinatario que los que sean realmente necesarios para la prestación del servicio. Para el envío de un boletín informativo por correo electrónico, por lo general solo se requiere preguntar la dirección de correo electrónico. No todas las autoridades de control de la protección de datos consideran admisible la consulta obligatoria del nombre o apellido para personalizar el boletín informativo a enviar por correo electrónico. En cambio, de forma voluntaria se podrán consultar tantos datos como se desee.

## 2.7. Co-registro y compra de direcciones

En la captación de datos de direcciones para terceros (generación de leads mediante co-registro) también es necesario identificar con exactitud las empresas para las que deberán recogerse las direcciones. El número de empresas para las que deberán recogerse direcciones al mismo tiempo, debe ser limitado. En particular, se recomienda que cumpla los siguientes requisitos:

- › Las empresas, para las que se generan los datos de las direcciones, se deben identificar por su nombre con indicación del sector.
- › El usuario debe poder conocer la lista de empresas con facilidad y claridad durante el proceso de consentimiento.

- ▶ El tamaño de la lista está limitado a un máximo de diez (10) empresas.

En todo caso, el límite de transparencia se considera excedido si el usuario no puede identificar „de un vistazo” a las empresas participantes.

El uso de direcciones de correo electrónico compradas está relacionado con un aumento de las obligaciones de inspección. Ya que de acuerdo con la jurisprudencia, el comprador de las direcciones de correo electrónico debe asegurarse de que el titular de la dirección de correo electrónico respectiva está realmente de acuerdo con el envío de publicidad y que los consentimientos otorgados válidamente se refieren en particular no sólo al envío por parte del vendedor, sino también por parte de terceros (en este caso el comprador). En todo caso, no es suficiente confiar en lo que asegura el vendedor de que dispone de los consentimientos. El comprador debe exigir la presentación de las pruebas documentales correspondientes, con el fin de realizar una verificación aleatoria. Por lo tanto, para ir sobre seguro en este ámbito se recomienda no solo que se muestren las pruebas del consentimiento, sino también que se conserven sus propios archivos para fines de documentación.

## 2.8. Consentimiento de menores

La edad mínima para tener capacidad de otorgar consentimiento no está definida claramente. En relación con la publicidad por correo electrónico, los menores a partir de los 16 años pueden ser considerados, en principio, capaces de otorgar consentimiento. Sin embargo, en el consentimiento para el tratamiento de „datos sensibles”

(por ejemplo, salud, religión, etc.) se establecen exigencias más elevadas en cada caso individual, dependiendo de las circunstancias.

El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (en vigencia a partir del 25 de mayo de 2018) por primera vez aporta aquí algo de claridad al establecer una edad mínima de 16 años para tener capacidad de otorgar consentimiento; pero, al mismo tiempo, abre la posibilidad a los Estados miembros de la UE para que establezcan límites de edad inferiores (mínimo 13 años).

## 2.9. Validez del consentimiento

A menudo se afirma que el consentimiento para el envío de publicidad por correo electrónico expira después de un tiempo determinado. Sin embargo, no existen pruebas (tampoco) en la jurisprudencia acerca de tal „período de validez” limitado.

Sin embargo, es importante asegurarse de que el consentimiento se utilice con relativa rapidez después del otorgamiento. De acuerdo con la sentencia del Tribunal Regional de Múnich I del 8 de abril de 2010, Exp. 17 HK O 138/10, el consentimiento para el envío de publicidad por correo electrónico no tendrá validez, si se utiliza después de 1,5 años, porque la persona que otorga el consentimiento ya no espera el envío de publicidad por correo electrónico después de un periodo de tiempo tan largo. No obstante, si el consentimiento se utiliza periódicamente para el envío de boletines por correo electrónico, no hay ninguna razón para creer que el consentimiento debía expirar después de un periodo de tiempo determinado.

## 2.10. Demostrabilidad del consentimiento (Double-Opt-In)

En caso de una disputa judicial sobre la admisibilidad del envío de correo electrónico publicitario, la carga de alegación y de la prueba recaerá sobre el remitente que deberá probar que el consentimiento realmente fue otorgado por el titular específico de la dirección de correo electrónico utilizada. La mera alegación de que el consentimiento fue otorgado para el envío de correos electrónicos publicitarios a una determinada dirección de correo electrónico no es suficiente, si el remitente no puede probar que el consentimiento procede realmente del titular de la dirección de correo electrónico utilizada.

En principio, el remitente debe tener en cuenta lo siguiente:

- El otorgamiento del consentimiento del destinatario no es suficiente por sí solo. El consentimiento se deberá obtener de tal manera que se pueda probar a satisfacción de un tribunal (**demostrabilidad**).
- El consentimiento de cualquier persona tampoco es suficiente por sí solo. Es necesario demostrar que solamente el destinatario y no una tercera persona, haciendo uso de su nombre o de su dirección de correo electrónico, ha otorgado el consentimiento (**congruencia: solicitante – destinatario (posterior)**).

Para demostrar que el consentimiento fue otorgado realmente por el titular de la dirección de correo electrónico utilizada, el método de confirmación doble (doble opt-in) ofrece la mejor seguridad jurídica posible. Por lo tanto, se recomienda utilizar el método de doble opt-in, pero esto no es una obligación legal. Aun cuando se lea

continuamente: No existe una obligación legal de utilizar el método de doble opt-in. Tal obligación tampoco fue introducida en la reforma de la BDSG de 2009.

### ¿Por qué utilizar el método de doble opt-in?

A modo de recordatorio y aclaración: En el método de doble opt-in se envía un correo electrónico de confirmación (a menudo denominado también correo electrónico de invitación o de verificación) a la dirección de correo electrónico indicada al darse de alta para el envío de boletines. En este correo electrónico de confirmación se le pide al destinatario confirmar su consentimiento haciendo clic en un enlace de confirmación. Si el destinatario hace clic en el enlace de confirmación, se puede demostrar con esto que el titular de la dirección de correo electrónico, indicada al momento del registro, realmente ha otorgado su consentimiento.

El uso del método de doble opt-in permite evitar que se envíen correos electrónicos publicitarios a una dirección de correo electrónico que no fue registrada por su titular, sino por un tercero de forma indebida. Además, se garantiza que ningún correo electrónico publicitario se agregue a la lista de correo en la que el usuario hizo clic por equivocación al darse de alta. En este caso, también existe el riesgo de que el titular real de la dirección de correo electrónico reciba correos electrónicos publicitarios, aunque nunca haya otorgado su consentimiento.

## ¿Es legalmente correcto el método de opt-in?

En materia de marketing de diálogo se pueden encontrar sentencias contradictorias para casi todas las cuestiones legales. De manera que, lamentablemente, los tribunales no siempre han estado ni están de acuerdo al evaluar el método de doble opt-in. En algunas sentencias se ha considerado el correo electrónico de confirmación como hostigamiento inaceptable (o publicidad por correo electrónico ilegal o spam). Lamentablemente, los tribunales han pasado por alto el hecho de que, a fin de cuentas, no existe una alternativa al método de doble opt-in, si se quiere hacer marketing por correo electrónico de forma legalmente segura. Ni siquiera al usar un método Post-Ident (obviamente hipotético) o una certificación notarial del consentimiento para el envío de publicidad por correo electrónico, se tendrá la seguridad jurídica de que, por ejemplo, la dirección de correo electrónico angelito23@gmx.com pertenece realmente a la señora García que indicó esta dirección al otorgar el consentimiento.

Por lo tanto, en términos jurídicos fue un avance importante que el Tribunal Supremo Federal en su sentencia del 10 febrero de 2011, Exp. I ZR 164/09, llamada elocuentemente „Método de doble Opt-In“, en principio haya dado luz verde al método de doble opt-in:

*„Si se recibe una solicitud de participación de forma electrónica, se puede pedir al remitente una confirmación de su deseo de participación por medio de un correo electrónico. Una vez recibida la confirmación solicitada, se puede suponer que la solicitud procede*

*realmente de la dirección de correo electrónico indicada“.*

El Tribunal Regional Superior de Múnich, por el contrario, sentenció el 27 septiembre de 2012 que ya el correo electrónico de confirmación en cuanto al método de doble opt-in es un correo electrónico no deseado. El correo electrónico de confirmación que pretende precisamente evitar el correo no deseado (spam), sería por lo tanto spam en opinión de los jueces de Múnich.

De manera que, según la sentencia de Múnich se necesitaría el consentimiento previamente para el correo electrónico de confirmación. Sin embargo, dado que el correo electrónico de confirmación precisamente sirve para demostrar el consentimiento, podría no ser necesario tener un consentimiento demostrable para el envío del correo electrónico de confirmación. Con lo que uno tiene un poco la sensación de estar en una novela de Kafka:

*„¿Usted quiere obtener el consentimiento? Entonces demuestre primero y antes que nada que ya usted tiene el consentimiento...“*

Esto ocasionaría problemas de difícil solución en la práctica.

El envío del correo electrónico de confirmación en el marco del método de doble opt-in se considera legítimo, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

### **a) Correo electrónico de confirmación sin publicidad**

El correo electrónico de confirmación no debe contener ningún tipo de publicidad y

solo puede destinarse a verificar la dirección de correo electrónico.

No es necesario enviar el correo electrónico de confirmación como textos sin formato, tal como se observa con bastante frecuencia. El correo electrónico puede corresponder absolutamente a la imagen corporativa de la empresa e incluir, por ejemplo, el logotipo, pero ningún otro elemento publicitario distinto a esto. Un correo electrónico de confirmación repleto de publicidad sería considerado por el tribunal como un correo electrónico publicitario inadmisibles.

#### **b) Correo electrónico de confirmación con declaración de consentimiento completa**

El correo electrónico de confirmación se utiliza solo para comprobar el consentimiento. Si un usuario al darse de alta para un boletín indica indebidamente una dirección de correo electrónico ajena o porque piensa que el boletín le pudiera interesar al titular de la dirección de correo electrónico, el titular de esa dirección de correo electrónico recibirá el correo electrónico de confirmación. Pero él no tiene conocimiento de la declaración de consentimiento dada por el tercero; él nunca ha otorgado su consentimiento de ninguna manera en ningún sitio web. Si entonces hace clic en el enlace de confirmación, este clic por sí solo debe significar un consentimiento suficiente para enviarle el boletín a su dirección de correo electrónico en el futuro.

Por lo tanto, el correo electrónico de confirmación debe contener el consentimiento completo. Y con el clic en el enlace

de confirmación se debe dar el pleno consentimiento. Con solo el texto del correo electrónico de confirmación, el remitente debe poder demostrar ante el tribunal que tenía el consentimiento del destinatario para el envío de publicidad por correo electrónico. Por lo tanto, no es suficiente que en el correo de confirmación se pida de manera breve y concisa la confirmación del consentimiento otorgado en el sitio web al darse de alta, sin repetir la declaración de consentimiento.

En otras palabras: Si usted invierte mucho tiempo y esfuerzo (y eventualmente incluso dinero para una revisión judicial) en la redacción de la declaración de consentimiento en el sitio web, esta declaración de consentimiento también debe ser reproducida exactamente en el correo electrónico de confirmación. De lo contrario, puede ahorrarse el esfuerzo.

#### **c) Correo electrónico de confirmación sin otras declaraciones**

El correo electrónico de confirmación debe servir exclusivamente para confirmar el consentimiento y no se deben incluir otras declaraciones. Uno de los requisitos formales, que ya son bien numerosos, para la validez del consentimiento es que debe otorgarse separado de otras declaraciones, digamos aislado (véase capítulo 2.2).

Por lo tanto, la confirmación del consentimiento en el correo electrónico de confirmación no debe estar asociada a la participación en un concurso.

### **Worst Practice/Ejemplo negativo**

*¡Con un simple clic gane el premio mayor! Complete su participación en nuestro concurso para ganar millones, haciendo clic en el siguiente enlace para confirmar las condiciones de participación en el concurso y la suscripción de nuestro boletín con información actual.*

En este caso ya no hay una declaración de consentimiento independiente, por lo que el consentimiento no tendría ningún efecto. La redacción de la confirmación que se va a otorgar debe dejar claro que el consentimiento confirma exclusivamente el envío de boletines informativos y no incluye al mismo tiempo la participación en un concurso.

### **Best practice/ejemplo positivo**

*¡Muchas gracias por su participación en nuestro concurso para ganar millones! Por favor, confirme también la suscripción de nuestro boletín informativo con información actual. En cualquier momento podrá darse de baja del boletín con efectos en el futuro, por ejemplo por correo electrónico a...*

### **¿Y qué pasa con los recordatorios si el destinatario no confirma de inmediato?**

Un correo electrónico de confirmación (sin publicidad) es aceptado legalmente. Sin embargo, puede ocurrir que se pase por alto el correo electrónico de confirmación o, en el peor de los casos, es posible que incluso quede atrapado en el filtro de correo no deseado. En este caso, si el destinatario no hace clic en el enlace de confirmación, ¿podemos enviar posteriormente un correo electrónico de recordatorio?

Lamentablemente no hay una respuesta clara a esta pregunta. Como se ha señalado anteriormente, es gratificante que el Tribunal Supremo Federal haya establecido que el correo electrónico de confirmación no representa hostigamiento inaceptable. En cuanto a la pregunta de si se debe considerar como hostigamiento inaceptable el correo electrónico de recordatorio, hasta donde sabemos, la jurisprudencia no se ha pronunciado. Sin embargo, cabe pensar que los tribunales serán más críticos con este tipo de correo electrónico de recordatorio que con el correo electrónico de confirmación en sí mismo. El correo electrónico de confirmación tiene por objeto exclusivamente comprobar la dirección de correo electrónico y así captar consentimientos legales y correctos. El correo electrónico de recordatorio, por el contrario, tiene más bien por objeto informar que no se ha realizado la confirmación y quizás todavía es posible recibir el consentimiento, aunque el destinatario no lo haya confirmado en la primera oportunidad, por el motivo que sea. Por lo tanto, parece difícil argumentar aquí un interés legítimo en el envío del correo electrónico de recordatorio que no fuera tan solo la ampliación de la lista de correo. Con esto, no pretendemos decir que el envío de este tipo de correo electrónico de confirmación es claramente inadmisibles.

Si se envía un correo electrónico de recordatorio, en principio se debe enviar una sola vez y en un plazo relativamente corto después de enviar el correo electrónico de confirmación. Es muy probable que el envío de correos electrónicos de recordatorio periódicamente en el transcurso de varias semanas o meses incomode al destinatario y cause molestias.

## Eliminación de los datos si no hay respuesta

¿Cuánto tiempo se pueden almacenar los datos si no se ha recibido la confirmación? Aquí también es difícil indicar un periodo de tiempo máximo. En teoría se puede decir que los datos se pueden almacenar solo durante el tiempo que sea necesario para realizar el método de doble opt-in.

Con esto se plantea la pregunta de cuánto tiempo se considera un plazo razonable y cuál sería el tiempo de espera realista hasta recibir la confirmación del destinatario. La experiencia demuestra que la confirmación de una suscripción al boletín informativo se realiza en pocos minutos. No obstante, si, por ejemplo, el destinatario está de vacaciones, y tiene la suerte de que no puede ser contactado por correo electrónico, a veces puede tardar también de una a dos semanas hasta que el destinatario confirme la suscripción al boletín. De acuerdo con esto, en la legislación sobre protección de datos se admite todavía un plazo de dos semanas.

## Función Tell-a-Friend

Un usuario de Internet puede informar a sus amigos acerca de un sitio web visitado por él, utilizando la función denominada Tell-a-Friend (Dígale a un amigo). El usuario introduce las direcciones de correo electrónico de sus amigos en un formulario directamente en el sitio web. Los amigos recibirán automáticamente un correo electrónico con la dirección URL respectiva. Es discutible si los correos electrónicos enviados de esta manera es publicidad por correo electrónico inadmisiblemente facilitada por el proveedor de la función Tell-a-Friend o si se trata de mensajes

privados del usuario de la función Tell-a-Friend a sus amigos que son admisibles.

En la sentencia del 12 de septiembre de 2013, Exp. I ZR 208/12, el BGH [Tribunal Supremo Federal] ha restringido considerablemente el uso de tales funciones Tell-a-Friend, supeditándolo a determinados requisitos. Los hechos presentados al BGH: El demandante recibió varias veces, sin sus previos consentimientos, recomendaciones de productos de la demandada que había instalado una función de recomendación en su sitio web, mencionando a la demandada (también) como remitente del correo electrónico de recomendación. Por lo tanto, el demandante quería ejercer su derecho de solicitar medidas cautelares contra la demandada. Los tribunales inferiores (Tribunal de Primera Instancia y Tribunal Regional de Colonia) rechazaron este derecho con el argumento de que la demandada no podía ser responsable del comportamiento indebido de un tercero en cuanto a la recomendación a otros.

Sin embargo, el BGH no compartió esta opinión: Inicialmente, el BGH calificó los correos electrónicos de recomendación controvertidos como publicidad en el sentido de la Directiva 2006/113/CE (según esto, toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios se considera un acto publicitario. También puede consultar el término publicidad en el punto anterior 2.2). Además, los correos electrónicos de recomendación siempre se atribuyen al ámbito del proveedor de la página, independientemente de si un tercero ha ordenado estos correos

electrónicos. Un factor importante, en particular, es que la demandada aparece como el remitente en relación con el destinatario de un correo electrónico de recomendación. En definitiva, el sentido y el propósito de la función Tell-a-Friend no es otra que llamar la atención sobre el sitio web y los servicios ofrecidos allí. Así se indica en los fundamentos de la sentencia:

*“Esta apreciación no impide que la demandada no acepte el uso indebido de la función de recomendación. Es evidente que la función de reenvío se utiliza precisamente para enviar correos electrónicos de recomendación a terceros sin que exista la certeza de que han dado su consentimiento para ello”.*

Por lo tanto, cuando la empresa recomendada aparece como remitente, en la función Tell-a-Friend también es esencial saber si el destinatario ha dado su consentimiento explícito para el envío no solicitado de este tipo de contenidos. Si no ha dado su consentimiento, se debe ofrecer protección al consumidor que está indefenso ante el envío de correos electrónicos publicitarios no deseados. En estos casos, los correos electrónicos son inadmisibles de conformidad con el Art. 7, apartado 2, nº 3 de la UWG.

El Tribunal Cameral (Kammergericht) de Berlín ha dejado entrever en su sentencia del 24 de enero de 2014, Exp. 5 U 42/12, que la función Tell-a-Friend puede estar disponible legalmente bajo determinadas condiciones. Un requisito fundamental es que el mensaje debe ser enviado al destinatario como un mensaje privado de un amigo, que ha iniciado el envío, y no como una comunicación comercial del proveedor de la función Tell-a-Friend. En el presente caso, se trataba

de la función „Encontrar amigos“ de Facebook. En este caso, en nombre de un usuario de Facebook se enviaron correos electrónicos a todas las direcciones de correo electrónico de la lista de contactos del usuario de Facebook que todavía no eran miembros de Facebook, invitándolos a usar Facebook. A diferencia de la mencionada sentencia del BGH del 12 de septiembre de 2013, el usuario de Facebook se mencionaba como el remitente y no la empresa. En opinión del Tribunal Cameral (Kammergericht) de Berlín, no se considera publicidad por correo electrónico de la empresa anunciante, si la empresa solamente presta asistencia técnica para el envío. En opinión del Tribunal, los correos electrónicos enviados mediante la función Tell-a-Friend son atribuibles al usuario si él inicia el envío de los correos electrónicos por cuenta propia y con conocimiento de causa. Pero en el caso decidido por el Tribunal Cameral de Berlín faltaba precisamente este conocimiento de causa. Facebook no le informó claramente al usuario que el correo electrónico de invitación en su nombre se enviaría a todas las direcciones de correo electrónico de su lista de contactos que aún no eran miembros de Facebook. Debido a esta falta de transparencia en el diseño de la función Tell-a-Friend, el Tribunal consideró que Facebook es responsable del envío de los correos electrónicos. El BGH ha confirmado la sentencia (Sentencia del 14 de enero de 2016, Exp. I ZR 65/14). Sin embargo, aún no se dispone de los fundamentos de la decisión, de manera que no está claro si el BGH ha seguido abordando la cuestión de la admisibilidad de la función Tell-a-Friend.



## 2.11. Documentación del consentimiento

Independientemente del método utilizado, es necesario documentar la declaración de consentimiento de forma exhaustiva y permanente por todo el período de uso de la dirección de correo electrónico, debiéndose cumplir los requisitos de comprobación del BGH (Sentencia del 10 de febrero de 2011, I ZR 164/09) en el momento del registro. En caso de controversia, el remitente de un correo electrónico publicitario debe poder demostrar al menos los siguientes puntos:

- ▶ Contenido de la declaración de consentimiento e información sobre la forma en que se hizo (¿Se otorgó el consentimiento de forma activa o por separado?)
- ▶ Fecha y momento de la declaración de consentimiento
- ▶ Dirección IP de la persona que otorga el consentimiento en el momento del consentimiento (si son direcciones IP dinámicas, la dirección IP tendrá, por supuesto, un valor probatorio limitado)
- ▶ Eventualmente la fecha y momento de envío del correo electrónico de invitación (en caso de doble opt-in)
- ▶ Contenido del correo electrónico de invitación (en caso de doble opt-in)
- ▶ Fecha y momento de la confirmación del consentimiento (en caso de doble opt-in)

Si el consentimiento es otorgado a través de un contacto personal, en determinadas circunstancias se podrá recurrir al receptor de la declaración en calidad de testigo, además de la confirmación escrita. Su declaración se tendrá que poder acreditar en caso de una controversia (judicial). Sin embargo, existen algunas dudas en caso de

que haya transcurrido mucho tiempo desde este contacto y si el contacto tuvo lugar a través de una gran cantidad de contactos, por ejemplo en una feria. Además, tampoco se ha garantizado que la persona de contacto sea realmente la persona que recibirá la publicidad posteriormente. Aquí también se ofrece realizar el método de doble opt-in debidamente adaptado.

## 2.12. Excepción al método opt-in: Publicidad por correo electrónico en caso de una relación existente con el cliente

En el Art. 7 apartado 3 de la UWG, el legislador ha previsto una forma de facilitar la publicidad por correo electrónico en el marco de relaciones existentes con clientes. Por lo general, el anunciante necesita el consentimiento consciente e inequívoco del destinatario para poder enviar correos electrónicos publicitarios (los llamados opt-in). Sin embargo, si existe una relación con el cliente, está permitido enviar correos electrónicos publicitarios si el cliente no se ha opuesto a este envío (denominado opt-out). No obstante, para que proceda esta excepción, se deben cumplir algunos requisitos formales, por eso también se le habla de „opt-out calificado<sup>3</sup>“. Estos requisitos son los siguientes:

<sup>3</sup> En principio, en Alemania se aplica siempre el método opt-in, como se ha explicado anteriormente. Solo cuando existan los requisitos estrictos del Art. 7 III se habla como excepción de un opt-out (calificado) o de un soft-opt in.

- › Es necesario que el remitente haya recibido la dirección de correo electrónico del cliente „en relación con la venta de un producto o de un servicio por parte del cliente”.
- › Además, al cliente „se le debe haber indicado de manera clara e inequívoca al obtener la dirección y cada vez que se utilice” que puede oponerse en cualquier momento al uso de su dirección de correo electrónico para publicidad,
- › „sin incurrir en gastos distintos de los costos de transmisión de la tarifa básica” – y, por supuesto, el cliente no se debe haber opuesto.
- › En los correos electrónicos enviados posteriormente al cliente, solo se podrán promocionar „los bienes o servicios similares propios de la empresa”.

La ley establece claramente que el propio cliente debe notificar su dirección de correo electrónico al anunciante como parte del proceso de pedido. Por lo tanto, no basta con que el anunciante haya obtenido o encontrado la dirección de correo electrónico del cliente por otros medios.

Un tema muy debatido es la cuestión de si tiene que existir realmente un proceso de venta completo para poder utilizar la dirección de correo electrónico para publicidad por correo electrónico. Esta cuestión resulta pertinente, por ejemplo, en el caso de consultas de personas interesadas o los que en el transcurso del proceso de pedido colocan un producto en el carrito de compras e indican su dirección de correo electrónico y luego cancelan el proceso de pedido. En estos casos, ¿significa esto que ya se ha cumplido el requisito legal „en relación con la venta” o es necesario que se celebre un contrato en firme?

Mientras que en muchos otros países europeos se acepta que las negociaciones contractuales son suficientes para acogerse a la excepción, en Alemania existe bastante desacuerdo al respecto. Por un lado, están los defensores de una mayor protección posible contra la molesta publicidad por correo electrónico que promueven una interpretación restrictiva de la excepción y consideran obligatorio la conclusión del proceso de venta. Un argumento a favor de esto se encuentra también en el texto del Art. 7, apartado 3 de la UWG que se refiere explícitamente al CLIENTE. Por otro lado, se argumenta que un interesado que ha indicado voluntariamente su dirección de correo electrónico durante un proceso de pedido y ha sido informado de que en el futuro recibirá publicidad por correo electrónico, si él o ella no se opone no tiene necesidad de protección especial.

Al utilizar las direcciones de correo electrónico que se recogieron „en relación con la venta de un producto o prestación”, queda un riesgo residual legal si esta venta no se concluye definitivamente. No existe (hasta donde sabemos) una decisión judicial definitiva que responda claramente a esta pregunta.

Para aplicar la excepción indicada en el Art. 7, apartado 3 de la UWG debe tratarse de un negocio jurídico oneroso. Si el servicio es gratuito, por ejemplo una membresía gratuita en una plataforma de Internet, los requisitos del Art. 7, apartado 3 de la UWG no se cumplen.

En todo caso, no se permite el reenvío de la dirección de correo electrónico a otras empresas, ni siquiera a empresas del grupo.

El uso de la dirección con fines publicitarios para otras empresas tampoco está permitido.

Además, el anunciante solo puede enviar publicidad por correo electrónico al cliente de „sus propios bienes o servicios similares“. Aquí surge la pregunta acerca del significado de esta redacción abstracta. La similitud requerida entre el producto adquirido y los productos que se pueden promocionar posteriormente, se determina desde la perspectiva del cliente. En función de las últimas compras, el anunciante deberá preguntarse en qué otros productos similares pudiera estar interesado el cliente.

De acuerdo con la jurisprudencia, para determinar la similitud de los productos es esencial saber si el producto anunciado tiene el mismo uso final típico o necesidad del cliente que el adquirido previamente. Si los dos productos sirven para el mismo uso típico, existe similitud. Asimismo, la jurisprudencia reconoce todavía como „similares“ los accesorios y los productos complementarios, a pesar de que la jurisprudencia parte de una interpretación restrictiva de la excepción.

Si un cliente por ejemplo, ordena vino tinto francés, sin duda también estará interesado en los vinos de Austria o de otros países. Por lo tanto, se le puede informar sobre eso. De igual manera, la información sobre los accesorios del producto adquirido originalmente también debería incluirse en la excepción a la regla sin problemas. Los vendedores en línea especializados que solo ofrecen productos de un determinado segmento, podrán aprovechar mejor la excepción que una empresa de venta por catálogo con una amplia gama de productos que anuncia en su boletín productos no específicos de todos los sectores.

Si el anunciante utiliza en su tienda en línea un „opt-in activo“, en el que el cliente debe hacer clic sobre una casilla de verificación para recibir sus boletines en el futuro, él puede incorporar esta casilla de verificación como excepción de forma “activada” en el proceso de pedido si se trata del envío de productos propios de características similares en el marco de la relación con el cliente antes descrita. Al respecto, hay que indicar siempre que el envío de correos electrónicos publicitarios se puede cancelar en cualquier momento sin incurrir en gastos distintos de los costos de transmisión de la tarifa básica.

En este caso, el usuario debe intervenir y activar la casilla de verificación „desactivar“ si no quiere recibir correos electrónicos publicitarios relacionados con productos propios similares. La experiencia demuestra que con este cambio se logra al menos duplicar la conversión. En este caso, el anunciante debe tener en cuenta que la publicidad debe limitarse a „productos o servicios propios similares“. Si él desea utilizar las direcciones obtenidas de esta manera para el envío de su boletín informativo, solo le está permitido promocionar productos afines.

Es probable que un operador turístico, por ejemplo, pueda conseguir una conversión considerablemente mayor si incorpora el siguiente texto en su proceso de pedido:

*Le enviaremos la confirmación de su reserva a su dirección de correo electrónico indicada. Además, en relación con su reserva, le enviaremos otros correos electrónicos con información y ofertas adaptadas a su viaje junto con la confirmación de la reserva. Usted puede oponerse al envío de estos correos*

*electrónicos en cualquier momento, enviando un correo electrónico a unsubscribe@xyz.com, sin incurrir en gastos distintos de los costos de transmisión de la tarifa básica. Una vez recibida su notificación de cancelación, suspendemos los envíos de inmediato.*

Este diseño garantiza una conversión casi total. Sin embargo, es absolutamente necesario que el contenido de la comunicación publicitaria posterior se limite realmente al viaje reservado. También es importante tener en cuenta que solo se pueden anunciar „productos propios“.

La referencia al derecho de oposición debe hacerse de inmediato en el momento de registrar la dirección de correo electrónico, es decir cuando el cliente notifica al anunciante su dirección de correo electrónico. Los clientes existentes que no fueron notificados del derecho de oposición cuando indicaron su dirección de correo electrónico, no pueden ser notificados al respecto posteriormente con un simple correo electrónico. Por el contrario, hay que conseguir que los clientes nos comuniquen de nuevo su dirección de correo electrónico e informarles del derecho de oposición. A tal efecto, se le puede ofrecer al cliente, por ejemplo, un servicio adicional posterior (puede ser gratuito) para que cuando realice el pedido tenga que indicar su dirección de correo electrónico. Sin embargo, esta calificación posterior se dificulta por el hecho de que no se puede notificar a los clientes existentes por correo electrónico del servicio adicional. Aquí será necesario elegir otras vías alternativas para contactar al cliente, por ejemplo a través del sitio web, por correo ordinario o en correos transaccionales.

### 2.13. Publicidad en correos transaccionales

Los correos transaccionales son correos que envía una empresa como parte del cumplimiento de un contrato, por ejemplo, confirmaciones de pedidos, confirmaciones de envíos o facturas. Para este tipo de correos transaccionales, el remitente no necesita, por supuesto, el consentimiento del destinatario. Desde la perspectiva del marketing, este tipo de correos transaccionales ofrece la oportunidad de promocionar simultáneamente otros productos y servicios del remitente, ya que la publicidad en los correos transaccionales tiene tasas de conversión superiores a la media.

La principal pregunta es: ¿Pueden contener publicidad los correos transaccionales si el destinatario no ha dado su consentimiento para el envío de correos electrónicos publicitarios y si tampoco están dadas las condiciones para la excepción de marketing por correo electrónico en relaciones existentes con clientes (véase 2.12)?

Los correos electrónicos publicitarios requieren el previo consentimiento del destinatario, ya que se debe evitar el „hostigamiento inaceptable“ debido a publicidad masiva no deseada. En opinión del legislador, el „hostigamiento inaceptable“ reside en que el destinatario se ve obligado a ocuparse de cada correo electrónico que haya recibido y de eliminarlo en caso de que se trate de publicidad no deseada. Sin embargo, este „hostigamiento inaceptable“ no puede existir en absoluto en un correo transaccional. El destinatario recibe el correo transaccional en cualquier caso, por ejemplo la confirmación del envío, y tiene que ocuparse de eso,

independientemente de si tiene o no contenido publicitario.

Distinto es el caso si en el correo transaccional hay publicidad oculta aunque solo sea complementaria. A más tardar, cuando el destinatario se haya opuesto expresamente al envío de publicidad, en cualquier caso se considera ilegal el envío de publicidad en correos transaccionales permitidos. En este contexto, el BGH ha decidido en su sentencia del 15 de diciembre de 2015, Exp. VI ZR 134/15, que la publicidad en un correo electrónico de respuesta automática (Auto-Reply), por ejemplo el acuse de recibo automatizado de un correo electrónico, es ilegal si previamente el destinatario se había opuesto expresamente al envío de publicidad por correo electrónico. En este caso específico, el demandante había terminado su contrato con la compañía de seguros demandada por medio de un correo electrónico. Luego recibió un acuse de recibo automático por correo electrónico en el que al final se menciona brevemente un servicio de alertas meteorológicas de la compañía de seguros. El demandante se puso en contacto de nuevo con la compañía de seguros por correo electrónico y declaró expresamente que no estaba de acuerdo con el envío de la publicidad contenida en el acuse de recibo automatizado. A este correo electrónico así como a otro correo electrónico con una consulta sobre la situación del asunto enviado una semana después, volvió a recibir el acuse de recibo automatizado con la referencia al servicio de alertas meteorológicas. El BGH [Tribunal Supremo Federal] ha decidido al respecto que al menos el último correo electrónico de acuse de recibo de la compañía de seguros era ilegal.<sup>4</sup> Por un lado,

<sup>4</sup> Breve explicación: En este contexto, el BGH aplicó los fundamentos jurídicos de los artículos 1004, 823 del

la referencia al servicio de alertas meteorológicas es publicidad en opinión del BGH (véase el punto 2.2 que define el concepto de publicidad). Y por otro lado, esta publicidad se envió contra la voluntad expresamente declarada del destinatario; por consiguiente, supone un hostigamiento inaceptable para el destinatario.

#### 2.14. Solicitudes de comentarios tras la compra

El comentario de los clientes es sumamente valioso para muchas empresas, para que puedan mejorar los productos y servicios que ofrecen y adaptarlos a las necesidades del mercado. Además, las valoraciones de los clientes se están convirtiendo cada vez más en la base para las decisiones de compra. Por lo tanto, cada vez más proveedores envían un correo electrónico después de una compra, solicitando una valoración y un comentario del cliente.

Pero ¿Son admisibles tales solicitudes de comentarios tras la compra si el destinatario no ha dado su consentimiento para el envío de correos electrónicos publicitarios e incluso no se cumplen las condiciones de la excepción de marketing por correo electrónico en cuanto a relaciones existentes con clientes (véase más arriba)?

---

*Código Civil Alemán (BGB), ya que el demandante en su carácter de particular no era el portador del derecho según la UWG. El BGH establece en su sentencia que toda publicidad sin consentimiento se considera hostigamiento inaceptable (UWG). Hasta qué punto es relevante una violación del Art. 13 de la EU-DS\_RiLi en el marco del Art. 823 BGB, lamentablemente no lo aclara el BGH. Sin embargo, de esto no se puede sacar la conclusión de que la publicidad en correos transaccionales no representan un problema sino hasta que se impugne.*

La cuestión decisiva aquí es si las solicitudes de comentarios son publicidad. El Tribunal Regional de Coburg denegó esto (Sentencia del 17 de febrero de 2012, Exp. 33 S 87/11). Por lo tanto, una única solicitud de comentario por correo electrónico no se considera publicidad, sino principalmente un „servicio al cliente con el fin de mejorar los procesos y eliminar las deficiencias“. Además, las solicitudes de comentarios son entretanto una práctica habitual. Por consiguiente, el tribunal no consideró necesario el consentimiento del destinatario para recibir publicidad. Esta sentencia ha sido criticada duramente con algunos buenos argumentos. Pero tampoco es seguro que otros tribunales vayan a decidir de la misma manera en caso de conflicto. Una solución para ir legalmente sobre seguro es que se cumplan los requisitos formales de la excepción en el marketing por correo electrónico en el caso de relaciones existentes con clientes (véase más arriba).

### 2.15. Consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de los requisitos legales

En caso de litigio sobre la admisibilidad del envío de correo electrónico publicitario, el remitente tiene la carga de alegación y prueba con arreglo al Art. 13, apartado 2 de la TMG, Art. 7, apartado 2 n° 3 de la UWG, Art. 28, apartado 3a de la BDSG, que deberá probar que el consentimiento realmente fue otorgado por el titular específico de la dirección de correo electrónico utilizada. La mera alegación de que el consentimiento fue otorgado para el envío de correos electrónicos publicitarios a una determinada dirección de correo electrónico no es suficiente si el remitente no puede probar que el consentimiento procede realmente del titular de la

dirección de correo electrónico utilizada. Los requisitos mínimos necesarios son el texto del consentimiento en el momento de la recogida de datos, fecha y hora, fuente del consentimiento (véase capítulo 2.11.).

En la actualidad son cada vez más frecuentes los destinatarios que se oponen al envío de correos electrónicos comerciales no solicitados. En el año 2015, la Oficina de Reclamaciones de eco registró más de 190.000 reclamaciones de usuarios relacionadas con correos electrónicos.

Las controversias judiciales que tienen por objeto la legalidad del envío de correos electrónicos publicitarios, no son muy frecuentes, ya que las partes suelen tratar de ponerse de acuerdo extrajudicialmente. En un procedimiento extrajudicial también se generan costes; sin embargo, éstos son manejables en comparación con un procedimiento judicial. Aquí se incluyen, por ejemplo, los honorarios de abogados y costes de recordatorios, así como las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios. Si se procede judicialmente, el remitente de los correos electrónicos publicitarios deberá hacer frente a costes más elevados en caso de perder el caso:

Los costes que se originan durante un procedimiento judicial se calculan de acuerdo con la cuantía del proceso que será fijada por el juez competente. La cuantía podrá ser de 100 a más de 30.000 euros (BGH I ZR 38/10) y puede variar según cada caso particular e instancia judicial. Una cuantía de 30.000 euros puede generar costes para el remitente, como honorarios de abogados, costas judiciales, así como un importe de indemnización por daños y perjuicios por

una cantidad superior a 5.000 euros. Ahora bien, si por ejemplo cuatro destinatarios de correos electrónicos publicitarios no dese-ados demandan judicialmente al remitente, él podría incurrir en costes hasta por la cantidad de 20.000 euros.

Además, los remitentes de correos electrónicos publicitarios ilegales pueden ser demandados por incurrir en omisión de la actividad ilegal. En este caso, los tribunales amenazan con imponer adicionalmente una multa administrativa de hasta 250.000 euros para cada caso de violación, si así lo solicita el demandante.

Por lo tanto, se recomienda cumplir todos los requisitos necesarios para un envío legal de correos electrónicos publicitarios y así evitar altas costas judiciales e indemnizaciones por daños y perjuicios.

### 3. Dar de baja

#### 3.1. ¿Es fácil darse de baja de una suscripción?

El que envía correos electrónicos publicitarios está obligado a ofrecer a los destinatarios la posibilidad de darse de baja de la lista de distribución y de informar claramente esta posibilidad (Art. 28, apartado 4 de la BDSG, Art. 7, apartado 2, n° 4 de la UWG, Art. 13, apartado 2, n° 4 de la TMG, Art. 13, apartado 3 de la TMG). La mejor opción es un enlace para darse de baja directamente en el correo electrónico. Después de hacer clic en este enlace, la baja debe ser rápida.

**La referencia a la posibilidad de darse de baja debe estar disponible en el momento de obtener el consentimiento.**

El legislador establece que el proveedor de servicios ofrecerá al usuario la posibilidad de retirar su consentimiento para el uso de sus datos o su opt-in en cualquier momento (Art. 13 de la TMG, Art. 28, apartado 4 de la BDSG). Además, el legislador impone explícitamente que la referencia relativa a este derecho se debe dar al usuario obligatoriamente antes de la declaración de consentimiento (Art. 13, apartado 3 de la TMG).

Por lo tanto, no es suficiente colocar esta referencia en un boletín con enlace para „darse de baja“. El legislador exige la referencia correspondiente ya desde el momento de darse de alta.

A primera vista, esta formalidad parece sin importancia y obvia. Sobre todo porque, con este aviso, el usuario ya no teme dar su consentimiento „de por vida“. Sin embargo,

algunas empresas aún no logran cumplir con éxito este requisito del legislador.

Dado que una referencia de este tipo también crea confianza, esta oportunidad se debe aprovechar para asegurar a los destinatarios que pueden dar de baja la suscripción al boletín en cualquier momento (con un simple clic).

### Ejemplos de redacción:

- › Usted puede dar de baja la suscripción al boletín en cualquier momento con un simple clic con efecto en el futuro.
- › En cada boletín le ofrecemos la opción de cancelar su suscripción.
- › Cada boletín contiene un enlace para darse de baja con el que usted mismo puede cancelar su suscripción en cualquier momento.
- › Usted puede oponerse al uso de sus datos con fines publicitarios en cualquier momento.

La empresa en cuestión deberá proceder sin dilación a aplicar el derecho de oposición del interesado, de no tratar o utilizar los datos de contacto de un interesado con fines publicitarios, según el Art. 28, apartado 4, frase 1 de la BDSG.

**Cada correo electrónico publicitario debe tener la opción de darse de baja**

Es un requisito legal que en cada correo electrónico publicitario esté disponible una opción para darse de baja y que esto se indique (Art. 7, apartado 2, nº 4 de la UWG; Art. 7, apartado 3 de la UWG; Art. 13, apartado 2, nº 4 de la TMG y Art. 28, apartado 4 de la BDSG).

El Art. 28, párrafo 4 de la BDSG establece: *Si el interesado presenta su oposición al departamento responsable del tratamiento y uso de sus datos con fines publicitarios, para estudios de mercado o de opinión, no está permitido el tratamiento o la utilización de sus datos para estos fines. El departamento responsable deberá informar al interesado de los fines publicitarios [...] así como del derecho de oposición [...];*

Esto significa: Que el destinatario (futuro) debe ser informado de su derecho de oposición. Una vez que el interesado haya comunicado que no desea recibir más correos electrónicos de la empresa que los envía, es necesario asegurarse de que ha sido excluido de envíos futuros de correos electrónicos. De conformidad con el Art. 28, apartado 4 de la BDSG, el incumplimiento de una oposición puede ser sancionado con una multa administrativa de hasta 300.000 euros (Art. 43, apartado 2, nº 5b de la BDSG; Art. 43, apartado 3 de la BDSG).

Hay varias formas de informar al destinatario de su derecho de oposición, pero no todas son recomendables.

La mejor manera y la más fácil de usar es incorporar un enlace para darse de baja en cada correo electrónico enviado. Este enlace está generalmente al final del correo electrónico.

### Un ejemplo:

*Si no desea seguir recibiendo nuestro boletín, solo haga clic aquí: Cancelar suscripción al boletín*

Los sistemas profesionales de marketing por correo electrónico garantizan que el usuario



que haga clic en este enlace, automáticamente dejará de recibir correos electrónicos. Después de hacer clic en el enlace, el usuario debe ser redirigido a una página en la que se confirma su eliminación de la lista de correo.

### **Ejemplo de redacción:**

*Usted fue removido de nuestra lista de correo. Ya no recibirá correos electrónicos de nosotros.*

No es necesario confirmar la solicitud de cancelación de suscripción al usuario por correo electrónico. De hecho, el usuario podría considerar este correo electrónico como hostigamiento inaceptable, ya que el usuario precisamente ha retirado su consentimiento a la empresa anunciante para el envío de más correos electrónicos.

En ningún caso se deben utilizar procedimientos que dificulten la cancelación de la suscripción por parte del usuario, como el denominado „doble opt-out”: el usuario recibe un correo electrónico después de darse de baja y se le pide que confirme la cancelación haciendo clic en el enlace.

La experiencia ha demostrado que un porcentaje nada insignificante de usuarios no hace clic en este enlace. Es posible que este correo electrónico haya quedado atrapado por error en el filtro de correos no deseados (spam) o el usuario haya supuesto que este correo electrónico es solo una confirmación de la cancelación; sin haberlo leído con atención. Existen muchas razones posibles.

La realidad es que, en este caso, el usuario seguirá recibiendo el boletín respectivo. Esto rápidamente provocará su disgusto; que no es precisamente lo que se quiere lograr con un boletín.

Algunas soluciones de marketing por correo electrónico no ofrecen el uso de enlaces automáticos para darse de baja. En estos casos, la anulación se realiza por correo electrónico. Existen dos variantes usuales.

### **Ejemplo de variante 1:**

*Para darse de baja de nuestro boletín informativo, conteste este correo electrónico y escriba „Darse de baja” en la línea de asunto.*

### **Ejemplo de variante 2:**

*Si no desea seguir recibiendo correos electrónicos de nosotros, envíenos un correo electrónico en blanco a [unsubscribe-635094235835@nombredela firma.com](mailto:unsubscribe-635094235835@nombredela firma.com)*

En ambos casos, el sistema de marketing por correo electrónico analiza los correos entrantes y elimina al destinatario de la lista de correo.

Las cancelaciones por correo electrónico también se utilizan para el denominado „List-Unsubscribe”. Lamentablemente esto todavía no es estándar, de manera que solo algunos programas de correo electrónico y webmailer ofrecen a sus usuarios este servicio adicional. El funcionamiento es muy sencillo: el remitente integra el enlace para darse de baja no sólo en el contenido de su boletín informativo, sino también en el encabezado del correo electrónico. El programa de correo electrónico y los webmailer ponen a disposición un botón adicional para darse de baja. Si el destinatario hace clic en ese botón, automáticamente se envía un correo electrónico en segundo plano a la dirección de correo electrónico indicada por el remitente para este fin y se procede a cancelar la suscripción. Ventaja de esta versión: el botón

para darse de baja tiene un lugar fijo en el programa de correo electrónico y se aplica a los boletines de todos los remitentes que apoyan el método „List-Unsubscribe“. De manera que ya no es necesario buscar el enlace para dar de baja el boletín informativo.

Adicionalmente, debe existir la posibilidad de procesar las cancelaciones a través de otros medios. Si el usuario envía un correo electrónico informal, en el que solicita su eliminación de la lista, debe garantizarse que esta solicitud se lea y procese sin demora.

Las empresas que están en contacto con sus clientes a través de un centro de llamadas o de una línea directa, deben asegurarse de que las cancelaciones de suscripción que se reciban por teléfono se procesen rápido y que no se „pierdan“.

La opción de ofrecer adicionalmente un formulario para darse de baja junto con el formulario para darse de alta, en el que el usuario introduce su dirección de correo electrónico, no es recomendable (a lo sumo es adecuada como complemento). Motivo: muchos usuarios permiten redirigir sus correos electrónicos de una cuenta a otra y ya no saben con cuál de sus direcciones de correo electrónico se dieron de alta. De manera que algunos usuarios no son capaces de darse de baja, lo que debe ser frustrante. Pero podría ser peor.

### **Worst Practice/Ejemplo negativo**

*Para darse de baja del boletín, inicie sesión con su nombre de usuario y contraseña en [www.xyz.de](http://www.xyz.de). A continuación, vaya a la sección „Mi perfil“ y en el campo „Configuración de correo electrónico“ desmarque la casilla „Newsletter“.*

En primer lugar, este procedimiento es complicado y, en segundo lugar, es muy probable que un porcentaje nada insignificante de usuarios haya olvidado sus datos de registro originales.

### **Lista de comprobación**

- ✓ ¿Se ha informado de la opción de darse de baja antes de otorgar el consentimiento?
  - Sí /  No
- ✓ ¿Se ha informado en todos los formularios en línea y fuera de línea de la opción de darse de baja?
  - Sí /  No
- ✓ ¿Contiene cada correo electrónico publicitario una opción de darse de baja?
  - Sí /  No
- ✓ ¿Es posible cancelar la suscripción directamente (sin doble opt-out o login obligatorio)?
  - Sí /  No
- ✓ ¿Se elimina rápido la dirección de la lista tras darse de baja?
  - Sí /  No
- ✓ ¿Se garantiza que las cancelaciones que se reciben por otros canales también se tramitan con prontitud?
  - Sí /  No

### **3.2. ¿Se da respuesta a las consultas y reclamaciones?**

La publicidad por correo electrónico es marketing de diálogo o directo. Por lo tanto, es particularmente importante que las consultas y reclamaciones se respondan rápido. El marketing por correo electrónico es un medio de comunicación tan rápido que no nos podemos permitir ser negligentes. Lo usual son 24 horas.

Las personas que reclaman o que vuelven a comunicarse, en principio tienen un gran interés en la empresa:

- ▶ Si las reclamaciones son atendidas y procesadas adecuadamente, incluso se podría conseguir el efecto contrario (objetivo: un cliente satisfecho).
- ▶ Los comentarios de todo tipo contribuyen siempre al proceso de mejora. Por ejemplo, ¿Qué funciona bien en la empresa y qué no?
- ▶ Los comentarios pueden preparar el terreno para conseguir negocios específicos: En el caso particular de los correos electrónicos, muchas personas están acostumbrados a pulsar „Responder“. La empresa debe saber aprovechar esta oportunidad de diálogo.

En una empresa se reciben rebotes o mensajes devueltos por diferentes medios:

1. Cada envío de correos electrónicos tiene mensajes devueltos: mensajes de vacaciones y otras respuestas automáticas (por ejemplo, „he cambiado de departamento, el responsable actual es el señor Müller“), mensajes imposibles de entregar, acuses de recibo, respuestas „reales“, etc.
2. Respuestas de correo electrónico „reales“ que se reciben a través de la dirección de correo electrónico de soporte.
3. Respuestas por otros medios, como teléfono, fax, carta o abogado.

Prácticamente todos los sistemas modernos de marketing por correo electrónico filtran automáticamente mensajes de vacaciones, rebotes, etc. y procesan después estos correos electrónicos (p.ej. los rebotes se bloquean en los siguientes envíos). El desafío

en este caso es separar los mensajes devueltos „reales“. Esto se puede realizar de forma manual o automática. En ningún caso se debe eliminar el contenido del buzón de correo de la dirección „reply-to“.

Las respuestas „reales“ filtradas de esta manera se pueden procesar de la misma manera que las respuestas que se reciben a través de las direcciones de correo electrónico normales de soporte.

Para esto se recomiendan módulos de texto que responden a preguntas estándar usuales. Para que los procesos que dan respuesta a unos 10.000 correos electrónicos sean manejables en un tiempo breve, existen sistemas de gestión de respuestas especiales. Una „cuestión personal“ es si se deben preferir los sistemas completamente automatizados con "inteligencia artificial" o más bien los „sistemas basados en normas“ que apoyan a los agentes de los centros de llamadas, pero no los sustituyen. Por lo general, los clientes son descorteses cuando reciben una respuesta generada automáticamente (obvio). Cuanto más directo se aborde el tema de la pregunta, tanto más probable será contar con un cliente satisfecho.

Rara vez llaman los destinatarios. Entonces es esencial que los agentes de los centros de llamadas tengan acceso a la base de datos de correos electrónicos para poder contestar al menos las preguntas más importantes („¿Dónde consiguió mi dirección?“, „No me envíe más correos electrónicos“).

En ambos casos (tanto en la respuesta electrónica, como la respuesta por otros medios) es importante que los procesos de respuestas y reclamaciones estén definidos y

documentados. La velocidad de respuesta es muy importante. En el caso del correo electrónico que es un medio de comunicación rápido, la espera máxima para una respuesta es de 24 horas.

### Lista de comprobación

- ✓ ¿Se indica una dirección de soporte en el correo electrónico que se pueda contactar por correo electrónico o por teléfono?  
 Sí /  No
- ✓ ¿Se garantiza que funciona la dirección del remitente «reply-to» y que los mensajes enviados a esa dirección no desaparezcan „en el ciberespacio“?  
 Sí /  No
- ✓ ¿Se filtran automáticamente los mensajes devueltos a la dirección del remitente y se corrigen los rebotes / mensajes de vacaciones?  
 Sí /  No
- ✓ ¿Se revisan siempre los mensajes de correo electrónico devueltos «reales» por un sistema de inteligencia artificial o por un empleado y se responden directamente o se reenvían a los departamentos correspondientes?  
 Sí /  No
- ✓ ¿Tiene acceso el centro de llamadas a la base de datos de correos electrónicos, por ejemplo para poder bloquear direcciones de inmediato?  
 Sí /  No
- ✓ ¿Está informado el centro de llamadas de los correos salientes?  
 Sí /  No
- ✓ ¿Existen listas de comprobación y procedimientos de cómo manejar los casos «críticos»?  
 Sí /  No

- ✓ ¿Existen evaluaciones del tiempo de respuesta y calidad, así como satisfacción con la respuesta?  
 Sí /  No
- ✓ ¿Se contestan rápido las consultas y reclamaciones (usualmente en 24 horas)?  
 Sí /  No

## 4. Diseño de boletines informativos

En el mismo diseño del boletín se deben tener en cuenta también algunos requisitos legales.

### 4.1. Asunto

Las comunicaciones comerciales por correo electrónico se deberán identificar siempre claramente como tales (Art. 6, apartado 2 de la ley alemana de servicios de telecomunicación –TMG). Por lo tanto, el asunto del boletín no debe ocultar que se trata de un correo electrónico con fines publicitarios. Hay ocultamiento si el remitente ha redactado el asunto del correo electrónico intencionalmente para inducir a error al destinatario sobre el carácter comercial del correo electrónico.

### La exposición de motivos de la ley cita los siguientes ejemplos con información engañosa en la línea del asunto:

- › „Último recordatorio“
- › „¡Atención, especialmente urgente!“
- › „Su expediente penal XY“

Tales líneas del asunto tienen por objeto que la mayor cantidad posible de destinatarios abra el correo electrónico. Sin embargo, es necesario proteger a los destinatarios para

que no abran los correos electrónicos publicitarios con el fin de comprobar si el contenido del correo electrónico es importante. Más bien, el destinatario, al leer la línea de asunto, debe ser capaz de identificar que se trata de un boletín con publicidad.

Esto no significa que se deba mencionar obligatoriamente el término „Boletín” en la línea de asunto. La naturaleza comercial de un correo electrónico publicitario también se puede identificar por otras expresiones usuales de lenguaje publicitario.

### Ejemplos:

- › „Sus ofertas de la semana”
- › „Sólo hasta el domingo – 20% de descuento en la gama completa de productos”
- › „Compre ahora moda primaveral a bajo precio”

Desde el punto de vista del marketing, el asunto del boletín debe ser conciso, preciso y atractivo. Para una comunicación más personalizada con los destinatarios del boletín, también se puede utilizar un trato personal en el asunto del boletín.

Además, en el marketing por correo electrónico se debe tener en cuenta que el filtro de SPAM analiza el asunto del correo electrónico. Por lo tanto, se deben evitar todos los términos y expresiones que puedan dar lugar a que el boletín acabe en la carpeta de SPAM.

### Ejemplos:

- › Caracteres especiales (p.ej. \$!?)
- › MAYÚSCULAS CONTINUAS
- › Gratuito, gratis, garantía
- › ¡Ordene hoy mismo! ¡Ordenar ahora!

- › Devolución de dinero garantizada
- › Póquer, casino, oportunidad de ganar

Los filtros de SPAM se actualizan continuamente con el fin de incluir las oleadas de SPAM actuales. Por lo tanto, los remitentes de boletines informativos deben verificar en caso de duda y a modo de prueba, si su boletín será rechazado por los filtros de SPAM actuales. Existen proveedores que verifican sin costo alguno, si el boletín es clasificado como SPAM.

## 4.2. Contenido

Con respecto al contenido del boletín informativo, el carácter comercial del mismo también se debe identificar claramente (Art. 6, apartado 1, nº 1 de la TMG). El remitente también debe ser identificable (véase 4.3). Si el boletín contiene ofertas promocionales especiales (por ejemplo, descuentos, premios o regalos), las condiciones para optar a esto deben ser de fácil acceso y presentadas de forma clara e inequívoca (Art. 6, apartado 1, nº 3 de la TMG).

### Ejemplo:

La tienda en línea XY ofrece una oferta de descuento por tiempo limitado. Ella promociona esta campaña en el boletín con el título *„ Súper venta de verano en XY – ahora 20 % extra en todos los artículos rebajados”*.

En este caso, el cliente debe ser informado de las condiciones para el uso del descuento, el límite de tiempo y si aplica una cantidad mínima de pedido. El cliente también debe ser informado sobre la exclusión de marcas o artículos en esta acción. Lo ideal sería que esta información esté disponible al final del correo electrónico y que mediante un

asterisco se haga referencia a la oferta destacada particularmente. Opcionalmente se pueden hacer notas complementarias accesibles a través de un enlace claramente reconocible.

En el ejemplo anterior las notas podrían indicar: *„Válido desde el 15 hasta el 31/08/2016, solo aplica a artículos rebajados, cantidad mínima de pedido 50 euros, las marcas A&B están excluidas de esta promoción“.*

Asimismo, si se trata de concursos y juegos, el carácter publicitario del mensaje debe ser claramente identificable como tal y las condiciones de participación deben ser fácilmente accesibles (Art. 6, apartado 1, nº 4 de la TMG).

Además, el boletín informativo debe cumplir todos los requisitos de otras leyes. Es decir, en vista de que el boletín es una actividad comercial, se deben tener en cuenta, en particular, las disposiciones de la ley contra la competencia desleal (UWG).

De acuerdo con esto, las expresiones publicitarias no deben ser engañosas (Art. 5 de la UWG) ni influir indebidamente en el consumidor (Art. 4ª de la UWG). Por otra parte, la publicidad no debe pasar disfrazada de información o contenido editorial (nº 11 del Anexo del Art. 3, apartado 2 de la UWG). Si en la publicidad se puede identificar un competidor, las disposiciones sobre publicidad comparativa (Art. 6 de la UWG) deben cumplirse. Por lo tanto, la publicidad por correo electrónico debe cumplir siempre los mismos requisitos que la publicidad distribuida por otros medios.

Si los precios se indican en el boletín, es necesario asegurarse de que se cumplan las disposiciones del Reglamento (alemán) relativo a la fijación de precios (PangV). Según este reglamento, en cada indicación de precio se debe especificar a los consumidores finales que está incluido el impuesto al valor añadido. Igualmente, se deben especificar otros costes adicionales, por ejemplo gastos de envío. Además, para determinados productos se debe especificar un precio de base (Art. 2 del PangV).

Si en el boletín se utilizan contenidos protegidos por derechos de autor, debe asegurarse de que se han obtenido los derechos de uso necesarios. Esto es aplicable a fotos o gráficos, así como a textos.

### **Contenido de la lista de comprobación:**

- ✓ El carácter comercial es claramente identificable.
- ✓ Las condiciones en campañas de descuento, premios o regalos son fácilmente accesibles y están indicadas de manera clara e inequívoca.
- ✓ Las condiciones para participar en concursos y juegos son fácilmente accesibles, así como claras e inequívocas.
- ✓ Las expresiones publicitarias no son desleales, p.ej. engañosas.
- ✓ Los precios indicados cumplen los requisitos legales, p.ej. impuesto al valor añadido, gastos de envío, indicación de precios de base.
- ✓ Se adquirieron las licencias para contenidos protegidos por derechos de autor.

### 4.3. Identificación del remitente

La ley prescribe que el remitente del boletín debe ser claramente identificable (Art. 6, apartado 1, nº 2 de la TMG). Con esto no se refiere al remitente real sino al anunciante en cuyo nombre se efectúa el envío del boletín. De manera que no es el empleado señor X, el encargado del envío del boletín, a quien hay que identificar, sino la empresa en cuyo nombre el señor X envía el boletín.

No está permitido disimular u ocultar la identidad del remitente del correo electrónico (Art. 6, apartado 2 de la TMG). La exposición de motivos de la ley menciona aquí como ejemplo que los datos del remitente sugieren que el correo electrónico procede de una instancia oficial, por ejemplo un organismo público. Tampoco está permitido no mencionar a ningún remitente. Por consiguiente, el destinatario debe saber quién ha ordenado el envío del correo electrónico.

Al seleccionar la dirección del remitente, debe asegurarse de que cause una impresión confiable. La dirección `newsletter@firma.es`, por ejemplo, es claramente atribuible a una empresa y, por lo tanto, es adecuada. También aquí hay que tener en cuenta los filtros de SPAM. A menudo, estos filtros rechazan automáticamente las direcciones de correo electrónico dudosas de remitentes.

### 4.4. Aviso Legal legítimo

Los sitios web requieren un aviso legal. La ley establece la obligatoriedad del aviso legal para todos los sitios web de „carácter comercial“ (Art. 5 de la TMG), así como para los sitios web con contenido periodístico y

editorial (Art. 55 del RStV). De manera que prácticamente todos los sitios web que no estén destinados exclusivamente a fines privados, requieren un aviso legal.

Los mismos principios se aplican también a los correos electrónicos publicitarios y boletines informativos.

#### ¿Cuáles son los datos obligatorios?

La ley regula los datos obligatorios mínimos que debe contener un aviso legal:

- ▶ Nombre del proveedor, en caso de empresas: nombre de la empresa y forma jurídica
- ▶ Personas autorizadas para representar a la empresa (en caso de personas jurídicas)
- ▶ Dirección postal para entrega de citaciones (que no sea un apartado de correos)
- ▶ Dirección de correo electrónico
- ▶ Número de teléfono y eventualmente fax
- ▶ Si aplica: número de registro comercial, número de registro de cooperativa, de asociación o de alianza
- ▶ Si aplican: número de identificación fiscal o número de identificación mercantil
- ▶ En caso de contenidos periodísticos o editoriales: Nombre del editor (Responsable de acuerdo con la ley de prensa) o la persona responsable del contenido

Además, en algunos casos se podrán requerir otros datos, por ejemplo información profesional en caso de médicos, farmacéuticos, abogados o asesores fiscales.

Igualmente, se deben considerar otros datos obligatorios de carácter comercial y societario. La legislación mercantil y de sociedades establece la información necesaria aplicable. Por ejemplo, la sociedad anónima (S.A.) requiere otros datos obligatorios distintos a los que rigen para el

empresario individual o la sociedad de responsabilidad limitada (S.R.L.).

### **Modelo de Aviso Legal para una sociedad de responsabilidad limitada**

*Una compañía S.R.L.  
representada por su Director  
Gerente Carlos Pérez  
Calle modelo 1  
Cualquier ciudad 12345*

*Correo electrónico: modelo@modelo.es  
Teléfono: 0123-45 67 89  
Fax: 0123-65 43 21  
CIF (código de identificación fiscal):  
ES 123456789  
Tribunal de Distrito Modelo,  
HRB [Registro Mercantil Dpt. B] 1234*

#### **¿Cómo debe integrarse el aviso legal?**

El legislador exige que los datos obligatorios sean

- fácilmente identificables
- de acceso directo y
- disponibles en todo momento.

Por lo tanto, el aviso legal debe estar identificado como tal y ser fácil de encontrar sin una larga búsqueda. El tamaño de la fuente debe elegirse de tal manera que el texto sea fácilmente legible.

Los datos obligatorios no necesariamente deben incluirse en el propio correo electrónico. En principio, también se puede colocar un enlace en el correo electrónico que lleve al aviso legal en la página web. La jurisprudencia ha reconocido que un aviso legal accesible con doble clic cumple con los requisitos legales.

## **5. Elaboración de perfiles y medición del comportamiento de apertura y clic**

El marketing por correo electrónico se puede optimizar analizando los intereses de los interesados. El marketing se puede perfeccionar desde la personalización alcanzando su máximo exponente en la individualización. La personalización se realiza evaluando el comportamiento de apertura y clic de los destinatarios de correos electrónicos, así como los intereses del interesado obtenidos por otros medios o mediante una combinación de las diferentes posibilidades. La principal referencia legal para la admisibilidad de esta actuación es la legislación sobre protección de datos.

### **5.1. Aplicación de la legislación sobre protección de datos**

Es necesario respetar la legislación sobre protección de datos cuando se recogen o utilizan datos personales (Art. 1, apartado 2 de la BDSG). Aquí se incluye toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Por lo tanto, es determinante que los datos recogidos y utilizados puedan atribuirse a una persona física identificada o identificable.

En el medio jurídico existe una gran polémica en torno a los requisitos para determinar tal identificabilidad y, por ende, para la aplicación de la legislación sobre protección de datos. Simplificando, se podría decir que el debate se desarrolla de la siguiente manera: de acuerdo con el denominado enfoque subjetivo, es determinante si la entidad que tiene los datos puede establecer una relación con la persona por sí mismo. Esta opinión se



apoya principalmente en textos jurídicos especializados y en la jurisprudencia de los tribunales superiores. Por el contrario, el denominado enfoque objetivo tiene en cuenta si esto es posible también con los medios de terceros externos. Las autoridades alemanas de control encargadas de la protección de datos tienden a respaldar esta última opinión. Debido a las interpretaciones diferentes por parte de la jurisprudencia y las autoridades de control es evidente la importancia práctica de esta falta de coherencia.<sup>5</sup> En este caso, el BGH también tiende a respaldar el enfoque subjetivo. El BGH ha solicitado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (EuGH) que se pronuncie sobre esta cuestión.<sup>6</sup> Esto se debe a que la decisión debe basarse en la interpretación de la legislación europea sobre protección de datos (Directiva 95/46/EG/CE relativa a la protección de datos). Se espera una decisión del EuGH en 2016.<sup>7</sup>

Sin embargo, existe consenso en que la ley de protección de datos no es aplicable a datos anónimos ni a datos convertidos en anónimos. De acuerdo con la definición legal indicada en el Art. 3, apartado 6 de la BDSG, „Anonimización” significa la modificación de los datos personales de manera que los detalles de las condiciones personales o materiales ya no puedan atribuirse a una persona física identificada o identificable o solo sea posible invirtiendo tiempo, costes y trabajo desproporcionados. Es evidente que

la cuestión de cuándo estamos en presencia de esta situación depende también de la interpretación del concepto de “identificabilidad” de una persona. Es necesario establecer una diferencia entre anonimización y seudonimización. De acuerdo con la definición legal indicada en el Art. 3, apartado 6 de la BDSG, se entiende por „seudonimización” la sustitución del nombre y de otros criterios de identificación por un distintivo, con el fin de impedir o dificultar considerablemente la identificación del afectado.

La diferencia principal es: la legislación en materia de protección de datos no es relevante para la recogida y el uso de datos anónimos. En la recogida y el uso de datos seudonimizados se debe respetar la legislación sobre protección de datos en su totalidad. Sin embargo, la legislación sobre protección de datos a veces facilita el uso de datos seudonimizados (véase abajo Art. 15, apartado 3 de la TMG).

La legislación sobre protección de datos abarca todas las actividades relativas a los datos personales (véase Art. 3, apartado 2 hasta 6 de la BDSG). Por lo tanto, no hay manera de „escapar” de la legislación sobre protección de datos por el tipo de actividad.

Además de la aplicación de la legislación sobre protección de datos, también es importante saber qué otra ley de protección de datos es aplicable: la Ley Federal de Protección de Datos (BDSG) o las disposiciones alemanas sobre protección de datos de la Ley Alemana de Servicios de Telecomunicación (Art. 11 y sig. de la TMG). La línea divisoria entre la BDSG y la TMG no está claramente regulada por la ley; por lo que es lógico que haya diferentes opiniones en el

<sup>5</sup> En detalle y fundamentalmente: por Eckhardt, en: *Big Data im Marketing*, Editor. Dr. Schwarz, Haufe, ???; Eckhardt, CR 2011, 339; Brink/Eckhardt, Editorial, ZD 1/2015 y ZD 2015, 205 y sig.

<sup>6</sup> BGH, Decisión del 28/10/2014, IV ZR 135/15, CR 2015, 110 y sig. con comentario de Eckhardt (CR 2015, 114 y sig.)

<sup>7</sup> El Abogado General del BGH ha presentado sus conclusiones el 12/05/2016 sobre este asunto C-582/14.

mundo jurídico en función de la naturaleza del asunto. Sin embargo, en términos simples se puede resumir la línea divisoria como sigue: las disposiciones sobre protección de datos de la TMG se aplican a situaciones específicas relacionadas con Internet, mientras que al resto (con la excepción del sector de las telecomunicaciones) se aplica la BDSG.<sup>8</sup> En el presente contexto, se presume la aplicación del Art. 11 y sig. de la TMG.

## 5.2. Perfiles de usuario en el marketing en línea y por correo electrónico

Las disposiciones sobre protección de datos de la Ley Alemana de Servicios de Telecomunicación disponen de un reglamento especial para la elaboración de perfiles de usuario para marketing en el Art. 15 apartado 3 de la TMG:

*„El proveedor de servicios podrá elaborar perfiles de usuario utilizando seudónimos con fines publicitarios, investigación de mercado o para organizar sus servicios de telecomunicaciones en función de las exigencias, siempre y cuando el usuario no se oponga a ello“. El proveedor de servicios deberá informar al usuario de su derecho de oposición en el marco de la divulgación de información de conformidad con el Art. 13, apartado 1. Estos perfiles de usuario no se podrán vincular a los datos del titular del seudónimo“.*

Esto implica tres posibilidades para elaborar perfiles:

- ▶ **Perfiles personales:** se permite únicamente con el consentimiento
- ▶ **Perfiles de usuario con seudónimo:** se

permite en las condiciones establecidas en el anterior Art.15, apartado 3 de la TMG

- ▶ **Perfiles de usuario anonimizados:** sin restricción de protección de datos, ya que no se aplica la legislación sobre protección de datos (véase el punto anterior 5.1)

En teoría, la obtención del consentimiento ofrece el más amplio margen para la creación de perfiles. Por consiguiente, el consentimiento está sujeto a los requisitos anteriores según corresponda (véase capítulo 2). En la práctica, los siguientes aspectos en particular suponen un reto en la obtención del consentimiento para la elaboración de perfiles en línea:

- (1) Previo a la recogida de datos, es necesario preguntar al interesado si da su consentimiento de manera inequívoca. El enfoque „él debe asumir eso“ no es suficiente.
- (2) Es necesario explicar claramente al interesado lo que se hará en concreto; es decir, cómo se evaluarán y analizarán sus datos.

En el caso del marketing personalizado por correo electrónico, el uso de datos anónimos es a menudo imposible. Esto se debe a que precisamente la publicidad se dirige a un destinatario específico que se identifica por su dirección de correo electrónico. En todo caso, los datos que hasta ese momento eran anónimos se convierten en datos personales cuando se asignan a un destinatario identificado.

La elaboración de perfiles de usuario seudonimizadas está permitida de conformidad con el Art. 15, apartado 3 de la TMG si se cumplen estas tres

<sup>8</sup> En detalle: Eckhardt, en: *Big Data im Marketing*, Editor. Dr. Schwarz, Haufe, ???.

condiciones. Estas tres condiciones deben concurrir juntas.

➤ Se deben usar seudónimos.

El término „seudonimización“ ya fue explicado en el punto 5.1.

➤ El interesado debe haber sido informado acerca de su derecho de oposición contra la elaboración de perfiles de usuario en el curso de la recogida de sus datos. Una notificación a posteriori no es suficiente.

La información sobre el derecho de oposición implica que el interesado también ha sido informado de la elaboración de perfiles de usuario. El interesado debe ser informado al respecto cuando comience a utilizar el servicio. La información tras el inicio o incluso al concluir la elaboración del perfil, no es suficiente

Sin embargo, la posición de las autoridades alemanas de control en materia de protección de datos con respecto a Google Analytics<sup>9</sup> indica que la información en la Política de Privacidad (Art. 13, apartado 1 de la TMG) en el sitio web es suficiente.

➤ El perfil de usuario no se puede vincular al titular del seudónimo.

Esto significa que la norma del Art. 15, apartado 3 de la TMG solo es aplicable si el perfil no se vincula a la persona específica, incluso posteriormente.

<sup>9</sup> Decisión de las autoridades superiores de control para la protección de datos en el ámbito privado del 26/27 de noviembre de 2009 en Stralsund sobre la estructuración de los métodos de análisis para medir el alcance de ofertas en Internet que cumplen con las disposiciones de protección de datos.

### 5.3. Consecuencias para el marketing por correo electrónico

Estas disposiciones, en particular el Art. 15, apartado 3 de la TMG, se aplican a todos los perfiles en línea para marketing. Esto incluye la recogida y evaluación del comportamiento de apertura y clic de un destinatario de correo electrónico, así como la recogida de datos por otros medios.

La normativa establece la posibilidad de usar datos personales. A menudo, el mantenimiento de la seudonimización al utilizar el perfil supone un reto. Al respecto, no existe una solución legal estándar, sino que es necesario analizar el diseño específico en cada caso particular.

## 6. Tratamiento de datos por encargo con la integración de proveedores de servicios

Si se subcontratan proveedores de servicios (externos) para el marketing por correo electrónico, se debe analizar su integración en materia de protección de datos. Los proveedores de servicios externos pueden ser proveedores de software (en particular, servicios en la nube) para soluciones de envío y CRM (Gestión de relaciones con los clientes), agencias, proveedores de contenido, proveedores de servicio de análisis, etc. En la integración de proveedores de servicio se deben cumplir también las disposiciones sobre protección de datos. La legislación sobre protección de datos no es aplicable en todos los casos de integración de proveedores de servicios.

Para la aplicación de la legislación sobre protección de datos es esencial que el proveedor de servicios tenga acceso a los datos de carácter personal. Ya en el punto 5.1 se describió el significado de los datos personales. Si el proveedor de servicios tiene que hacer algo con los datos personales (por ejemplo, preparación, ampliación, comparación), es evidente que se debe aplicar la legislación sobre protección de datos. Si, por el contrario, solo existe una posibilidad de acceso, surge la interrogante de si es aplicable la ley de protección de datos. La delimitación es difícil de trazar y se evalúa de distinta forma en los círculos especializados. Por consiguiente, en cuanto a la pregunta de si existe tal acceso, para ir sobre seguro, se debería tener en cuenta si el proveedor de servicios de hecho puede acceder a los datos y no si debe o le está permitido.

En opinión de las autoridades de control de protección de datos alemanas tampoco se excluye la aplicación de la ley de protección de datos aunque los datos solo se mantengan encriptados en un servicio en la nube y únicamente el proveedor de la nube tenga acceso a esos datos encriptados.<sup>10</sup> Pero esta consideración es jurídicamente controvertida.

<sup>10</sup> *Asistencia de orientación: Computación en la nube del Grupo de Trabajo de Tecnología y Medios de la Conferencia de Comisionados para la Protección de Datos del Gobierno Federal y de los Estados Federados, así como el Grupo de Trabajo para el Tráfico de Datos Internacionales del "Dusseldorfer Kreis", versión 2.0. del 10/09/2014, página 12 y sig.*

### 6.1. Ventaja de la estructuración como tratamiento de datos por encargo

La estructura típica para la integración de proveedores de servicios con acceso a datos personales es el tratamiento de datos por encargo de conformidad con el Art. 11 de la BDSG. La ventaja del tratamiento de datos por encargo es que para la transmisión de datos a un encargado del tratamiento de datos, no es necesario cumplir los requisitos legales para la transmisión de datos (por ejemplo, Art. 28 de la BDSG) ni se requiere el consentimiento del interesado respectivo. Este efecto se denomina tratamiento privilegiado del tratamiento de datos por encargo y tiene su fundamento jurídico en el Art. 3, apartado 8, frase 2 de la BDSG.<sup>11</sup>

Sin embargo, el requisito previo de este trato privilegiado es:

- (1) La aplicación estricta de las disposiciones del Art. 11 de la BDSG (véase a continuación el punto b).
- (2) Los datos permanecen en la Unión Europea (UE) o en el Espacio Económico Europeo (EEE) (véase a continuación 6.3).

### 6.2. Tratamiento de datos por encargo

El tratamiento de datos por encargo se caracteriza por tres elementos:

- ▶ Actividad del proveedor de servicios realizada bajo la dirección de un tercero en relación con los datos personales.
- ▶ Contrato escrito de conformidad con lo establecido en el Art. 11, párrafo 2, frase 2 de la BDSG.

<sup>11</sup> *En profundidad: Eckhardt. DUD 2013, 585 y siguientes. Eckhardt/Kramer. DuD 2014. 147 y siguientes.*

- › Formación de la convicción por parte del responsable en cuanto a las medidas técnicas y organizativas para proteger los datos personales por el encargado, antes y después de comenzar el tratamiento de los datos de forma periódica.

Se entiende que la relación está sujeta a las directrices si el encargado no tiene posibilidad de tomar decisiones con respecto al manejo de los datos personales. Para decirlo de una manera simple; en cada situación que se presente, el proveedor de servicios debe saber qué hacer según las instrucciones del responsable. Esto se suele establecer en el contrato o encargo en la descripción del servicio a prestar.

De acuerdo con la "interpretación alemana", el contrato sobre el tratamiento de datos por encargo deberá formularse por escrito con arreglo al Art.126 del BGB, por lo que se excluye la forma electrónica, a menos que en la celebración del contrato se usen firmas electrónicas cualificadas de conformidad con el Art.126a del BGB. De acuerdo con el Art. 11, apartado 2, frase 2 BDSG, el contrato debe incluir como mínimo los siguientes elementos:

1. "El objetivo y la duración del contrato
2. El alcance, el tipo y la finalidad de la recogida prevista, tratamiento o uso de datos, el tipo de datos y el círculo de los interesados
3. Las medidas técnicas y organizativas a adoptar conforme al Art. 9
4. La corrección, eliminación y bloqueo de datos
5. Las obligaciones del encargado conforme al apartado 4; en particular, los controles que debe efectuar
6. La posible autorización que justifique relaciones de subcontratación
7. Los derechos de control del responsable y las obligaciones de tolerancia y cooperación correspondientes del encargado
8. Infracciones contra las disposiciones relativas a la protección de datos personales o contra los requisitos establecidos por encargo, que el contratista o sus empleados deben comunicar
9. El alcance de la autoridad que se reserva el responsable frente al encargado
10. La devolución de cualquier soporte de datos entregado y la eliminación de los datos almacenados por el encargado a la terminación del encargo".

La formación de la convicción en relación con las medidas técnicas y organizativas para proteger los datos personales por el encargado no necesariamente se debe realizar en las instalaciones del encargado. Hasta qué punto el responsable puede confiar en las afirmaciones del encargado es un punto polémico entre los especialistas. Las certificaciones adecuadas, sellos de calidad y auditorías por parte de terceros independientes y competentes, que abarcan todo el espectro del encargo, son una solución preferible.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> En profundidad: Directrices. Protección de datos y computación en la nube. Directriz No. 11. Centro de Competencia Trusted Cloud. Página 19 y sig.

### 6.3. Tratamiento de datos por encargo transfronterizo

Si los datos personales se transmiten a través de fronteras internacionales o se accede a ellos desde otros países (véase la introducción del punto 6), la admisibilidad de este tráfico transfronterizo requiere una comprobación adicional de la admisibilidad conforme a la legislación sobre protección de datos (Secciones 4b, 4c de la BDSG).

En la evaluación se observa una división simple: si los datos o el acceso a los datos se mantiene dentro de la UE o del EEE, entonces no hay requisitos adicionales para el control de la admisibilidad.

Si los datos se transmiten o se accede a ellos desde fuera de la UE o del EEE, de conformidad con los Art. 4b, 4c de la BDSG se deberá comprobar si en el país del destinatario existe un nivel de protección adecuado.<sup>13</sup> En este caso, el problema se ve agravado por el hecho de que aquí no aplica el efecto privilegiado del tratamiento de datos por encargo según el Art. 3 apartado 8, frase 2 de la BDSG (véase arriba). Por consiguiente, debe comprobarse además si existe una disposición legal de admisibilidad para la transmisión o el acceso.<sup>14</sup> Como resultado, será necesario una comprobación en dos fases: 1. La admisibilidad de la transmisión o acceso de acuerdo con los Art. 28 y 29 de la BDSG. 2. La admisibilidad de la transmisión

<sup>13</sup> En más detalle: *Ley de Directrices de la EuroNube, Protección de Datos y Conformidad*. <http://www.eurocloud.de/2010/news/datensi-cherheit/eurocloud-leitfaden-recht-datenschutz-compliance.html>; *Directrices - Protección de Datos y Computación en la Nube. Directriz No. 11 Centro de Competencia Trusted Cloud, página 27 y sig.*

<sup>14</sup> El consentimiento de todos los interesados se excluye típicamente como modalidad.

en el país correspondiente de acuerdo con los Art. 4b y 4c de la BDSG.

### 6.4. Responsabilidad del responsable

El responsable del proveedor de servicios debe aclarar su responsabilidad teniendo en cuenta dos aspectos:

La transmisión de los datos al proveedor de servicios, aunque se transmita al extranjero, no supone una exención de las restricciones alemanas sobre protección de datos en cuanto al manejo de los datos. Para decirlo de una manera simple: lo que no pueda hacer el responsable en sus propios sistemas, tampoco lo podrá hacer en los sistemas del proveedor de servicios. El responsable mantiene la plena responsabilidad frente a las personas cuyos datos son tratados según el Art. 11, apartado 1 de la BDSG. Se podrán interponer demandas de indemnización por daños y perjuicios contra él por errores cometidos por sus proveedores de servicios (Art. 278 del BGB).

El responsable también responde de la correcta estructuración del contrato sobre el tratamiento de datos por encargo, tal y como lo establece el Art. 11 de la BDSG. Esto resulta de la amenaza de multas establecida en el Art. 43, apartado 1, N° 2b de la BDSG que se impone solamente al responsable. Sin embargo, también se pueden imponer multas al proveedor de servicios si el tratamiento de datos por encargo no es válido, en particular conforme al Art. 43, apartado 2, N° 1 de la BDSG, o como copartícipe en caso de infracciones del responsable. Si el proveedor de servicios ha establecido el contrato sobre el tratamiento de datos por encargo, esto

podría ocasionar una reclamación de indemnización por parte del responsable. En resumen: es de interés para ambas partes que el contrato sobre el tratamiento de datos por encargo se redacte correctamente.<sup>15</sup>

## 7. Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea: Un enfoque

El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) fue publicado el 05 de abril de 2016 en el Diario Oficial de la Unión Europea<sup>16</sup>, entró en vigor el 25 de mayo de 2016 y será aplicable de conformidad con el artículo 99 a partir del 25 de mayo de 2018. Con esto concluye el proceso legislativo que se inició el 25 de enero de 2012.<sup>17</sup> El RGPD regula de forma general la protección de datos.<sup>18</sup>

Este Reglamento de la UE tiene primacía en la aplicación sobre la legislación nacional en conflicto. Las disposiciones nacionales divergentes se podrán aplicar solo si el propio RGPD contiene cláusulas de apertura para ello.<sup>19</sup> Para decirlo de una manera simple,

el RGPD sustituye a la legislación nacional sobre protección de datos y prevé excepciones solo para determinados sectores.

Las disposiciones del RGPD, así como las leyes nacionales requieren interpretación, ya que no siempre son claras y coherentes en todos los aspectos. Precisamente como resultado del proceso legislativo europeo es necesario aclarar algunas cuestiones pendientes.<sup>20</sup>

A continuación sigue un resumen de los efectos emergentes sobre el marketing por correo electrónico:

### 7.1. ¿Continuidad limitada de los consentimientos después del 25 de mayo de 2018?

El considerando 171 del RGPD establece, en lo esencial, que todos los tratamientos de datos personales deben adaptarse al RGPD antes del 25 de mayo de 2018.<sup>21</sup> A partir del 25 de mayo de 2018 no se protegerán los derechos adquiridos. Allí se regula el consentimiento como sigue:

*"...cuando el tratamiento se base en el consentimiento de conformidad con la Directiva 95/46/CE, no es necesario que el interesado dé su consentimiento de nuevo si la forma en que se dio el consentimiento se*

15 En 2015, por ejemplo, la oficina bávara para la protección de datos (BayLDA) impuso una multa de cinco dígitos por el otorgamiento de un contrato insuficiente (comunicado de prensa de BayLDA. "El tratamiento de datos por encargo sin un contrato adecuado puede ser costoso", 20 de agosto de 2015).

16 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de abril de 2016 relativo a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos). OJ L 119/1 del 4 de mayo de 2016.

17 Sobre el contexto. Eckhardt CR 2012, 195 y siguientes sobre el proyecto anterior de la Comisión de la UE.

18 En detalle y fundamentalmente: Eckhardt/Kramer. Protección de datos en la actualidad. Informe Especial del Reglamento General de Protección de Datos de la UE. TKMedia

19 En detalle y fundamentalmente: Eckhardt/Kramer. Protección de datos en la actualidad. Informe Especial del Reglamento General de Protección de Datos de la UE. TKMedia

20 En detalle y fundamentalmente: Eckhardt/Kramer. Protección de datos en la actualidad. Informe Especial del Reglamento General de Protección de Datos de la UE. TKMedia

21 En detalle y fundamentalmente: Eckhardt/Kramer. Protección de datos en la actualidad. Informe Especial del Reglamento General de Protección de Datos de la UE. TKMedia

*ajusta a las condiciones del presente Reglamento, a fin de que el responsable pueda continuar dicho tratamiento tras la fecha de aplicación del presente Reglamento ..."*

Por consiguiente, el consentimiento sigue siendo válido si se cumplen dos condiciones:

1. El consentimiento cumple con los requisitos de la Directiva 95/46/CE. Estos son requisitos que el BGH ha planteado en su decisión sobre el „Consentimiento para llamadas con fines comerciales II"<sup>22</sup> y se „reflejan" en el Artículo 4, nº 11 del RGPD.
2. Las „condiciones" del RGPD se han cumplido. Según el texto, se trata solo de los requisitos indicados en los artículos 7 y 8 del RGPD. Los requisitos de transparencia según los artículos 13 y 14 no serían entonces condiciones de validez.

## 7.2. Regulación del consentimiento

El consentimiento está reglamentado en varias partes del RGPD. En el artículo 4, No. 11 del RGPD se define el concepto de consentimiento y se establecen los requisitos básicos. Esto no es completamente nuevo para la comprensión anterior del término, en particular en virtud de la decisión del BGH „Consentimiento para llamadas con fines comerciales II"<sup>23</sup>.

El artículo 7 del RGPD establece otras „condiciones" del consentimiento. Los principios establecidos no son completamente nuevos, pero debe evaluarse

<sup>22</sup> BGH, sentencia del 25 de octubre de 2012, I ZR 169/10, MMR 2013, 380 y sig. Nota de Eckhardt (página 382 y sig.).

<sup>23</sup> BGH, sentencia del 25 de octubre de 2012, I ZR 169/10, MMR 2013, 380 y sig. Nota de Eckhardt (página 382 y sig.).

detalladamente en qué medida esto implica modificaciones en la situación jurídica actual. Lo nuevo es la obligación general de informar al interesado, antes de que otorgue su consentimiento, de su derecho a retirar su consentimiento (Artículo 7, párrafo 3, frase 3 del RGPD). Esto ya ocurrió particularmente en el caso del consentimiento para publicidad debido al Art. 28, apartado 4, frase 2 de la BDSG y al Art. 7, apartado 4, nº c de la UWG, así como en el caso de consentimientos electrónicos de conformidad con el Art. 13, apartado 3 de la TMG.

El Art. 8 del RGPD contiene las „Condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información". Estas se deberán observar en relación con los niños en cualquier caso. Aún está por aclararse si fuera de ello es necesario emprender alguna acción en general para el consentimiento.

En la práctica, esto significa que debe comprobarse si, y en caso afirmativo, existen deficiencias entre los consentimientos actuales respecto de las disposiciones del RGPD. Sobre esta base, debe evaluarse si y cuando se debe ajustar la consulta de consentimiento y si es necesario hacer cambios en el caso de consentimientos anteriores.

## 7.3. Disposiciones sobre transparencia

Los artículos 13 y 14 del RGPD contienen obligaciones de información general que deben cumplirse de manera proactiva. Las disposiciones son diferentes para las cuestiones relativas a la legitimidad y al consentimiento. El artículo 13 del RGPD es



pertinente cuando los datos personales se obtengan del interesado y el artículo 14 del RGDP es pertinente cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado.

Las obligaciones de información se han ampliado significativamente en comparación con las anteriores obligaciones de las leyes de protección de datos. En todo caso, requieren adaptación.

El artículo 21 del RGDP contiene una regulación propia sobre el derecho de oposición del interesado. Sin embargo, esto no se aplica al consentimiento.

Aun cuando el incumplimiento de la obligación de informar no invalide el consentimiento, esta infracción se sancionará con una multa administrativa de 20 millones de euros como máximo o 4% del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía (Artículo 83, apartado 5 del RGDP).

#### 7.4. Elaboración de perfiles

No existe ningún régimen especial para la elaboración de perfiles similar al Art. 15, apartado 3 de la TMG para el marketing. El artículo 22 del RGDP contempla la elaboración de perfiles, siempre y cuando forme parte de una decisión automatizada que tenga efectos jurídicos para el interesado o le afecte de manera similar. Por lo general, éste no será el caso para la elaboración de perfiles para marketing, pero se deberá comprobar caso por caso.

De acuerdo con el Art. 6, apartado 1 letra f, del RGDP se tiene en cuenta el interés

general como fundamento jurídico para la elaboración de perfiles de marketing. Aquí debe haber un equilibrio de intereses. Si después de un cambio de finalidad, los datos personales se deben utilizar para la elaboración de perfiles de marketing, también se deberá incluir el Art. 6, apartado 4 del RGDP en el análisis.

Para la elaboración de este tipo de perfiles se deben observar las disposiciones sobre transparencia de los artículos 13 y 14 del RGDP (véase más arriba) y, en particular, el Art. 21 del RGDP relativo al derecho de oposición. Si la infracción de las disposiciones sobre transparencia invalida el tratamiento; será de seguro tema de debate. Esto fue negado para las situaciones anteriores de la BDSG; pero este no es la única norma del RGDP que debe interpretarse conforme con la UE.

#### 7.5. Tratamiento de datos por encargo

El tratamiento de datos por encargo (como se le llama en el RGDP) está regulado en el artículo 26 del RGDP. El efecto de privilegio también se aplica en el artículo 4, No. 10 del RGDP, ya que el encargado del tratamiento no se considera un tercero. Ya se ha empezado a discutir si esto es suficiente para el efecto de privilegio.

La configuración del contenido del tratamiento de datos por encargo es similar al Art. 11 de la BDSG, aunque, por supuesto, existen diferencias y sus efectos se deberán analizar en detalle.

Sin embargo, lo novedoso es que el Art. 82 del RGDP incorpora que el encargado del

tratamiento es responsable solidariamente con el responsable del tratamiento (Art. 82, apartado 4 del RGDP). Sin embargo, existe la posibilidad de limitar la responsabilidad del encargado del tratamiento. Está aún por aclararse si el proveedor de servicios debe emprender alguna acción.

Desde el punto de vista alemán, es novedoso el término „joined controllership“ en el Art. 26 que significa “corresponsables del tratamiento”. Aquí cabe preguntarse hasta qué punto el proveedor de servicios y el responsable del tratamiento serán responsables conjuntamente si no existe una relación entre el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento. De acuerdo con el Art. 26, apartado 1, frase 1 del RGDP, un requisito fundamental es que los objetivos y los medios del tratamiento se determinen conjuntamente. En la práctica, cabe preguntarse qué tan estrecha debe ser la relación para este fin. El proveedor de servicios también deberá adoptar aquí algunas medidas al respecto.

### 7.6. Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Directiva 2002/58/CE)

El artículo 95 del RGDP establece que no impondrá obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE.

En pocas palabras, el legislador nacional podrá establecer otras disposiciones dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2002/58/CE. En Alemania, esta Directiva se aplica principalmente a las disposiciones en materia de protección de datos de la ley de telecomunicaciones (Art. 91 y sig. de la TKG). Sin embargo, no solo se regulan los requisitos derivados de esta Directiva, sino también el ámbito de aplicación se define de forma diferente en la TKG que en el Art. 95 del RGDP. El legislador nacional deberá adoptar algunas medidas legislativas para aclarar esta situación.

En este contexto resulta más interesante el debate sobre si las especificaciones de la denominada Directiva sobre cookies, que a fin de cuentas es una directiva que modifica la Directiva 2002/58/CE, ya se incorporaron en las disposiciones sobre protección de datos de la TMG o no. En este sentido se podrían seguir aplicando las disposiciones sobre protección de datos de la TMG en el marco del RGDP. Por lo demás, las disposiciones sobre protección de datos de la TMG (Art. 11 y sig. de la TMG) serán „desplazadas“ por el RGDP. El legislador nacional deberá adoptar algunas medidas legislativas para aclarar esta situación.

### 7.7. Conclusión

El RGDP de la UE implica necesidad de adaptación y de cambios que se deberá realizar antes del 25 de mayo de 2018. Sin embargo, esta debe ir precedida de un análisis cuidadoso de la situación. Este análisis debe aclarar, en particular, las dudas acerca de la interpretación y aplicación del RGDP. Para decirlo de una manera simple: actuar ciegamente es tan poco recomendable como permanecer con los brazos cruzados.

## 8. Qué se debe tener en cuenta en otros países en relación con el marketing por correo electrónico

### 8.1. Aspectos legales en Suiza

Aunque el envío de correos electrónicos publicitarios está estrictamente regulado desde hace tiempo en la UE, particularmente en Alemania, no fue sino hasta el año 2007 que el legislador suizo creó el correspondiente marco jurídico específico. Por una parte, estas disposiciones se encuentran en la ley contra la competencia desleal (UWG, Art. 3, letra o) y, por la otra, en la ley de telecomunicaciones (FMG, Art. 45a). La UWG regula fundamentalmente las condiciones para el envío de correos electrónicos comerciales. La FMG especifica las medidas que debe adoptar el proveedor de servicios de telecomunicaciones para combatir el spam.

El Estado mismo (Secretaría de Estado para la Economía, SECO, [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch)) también puede emprender medidas contra los remitentes de spam en el país y en el extranjero, siempre y cuando reclamen suficientes personas.

Tras la revisión de la Ley federal suiza relativa a la protección de datos (DSG) de 2006, cuyas disposiciones entraron en vigor en 2008, la legislación en materia de protección de datos también ha adquirido importancia para el marketing por correo electrónico. Por un lado, si el Art. 3, letra o de la UWG no se aplica a los correos electrónicos, ya que no se trata de publicidad masiva automatizada, pero por otro lado, complementa el artículo 3 letra o de la UWG cuando se trata de publicidad masiva.

En relación con el marketing por correo electrónico, el Art. 4, apartado 3 y 4 de la DSG es particularmente significativo. El Art. 4, apartado 3 de la DSG establece el denominado principio de limitación de la finalidad.

Los datos personales solo podrán ser tratados para los fines indicados al obtener los datos o que se podían reconocer según las circunstancias. El Art. 4, apartado 4 de la DSG establece el denominado principio de transparencia. La obtención y el tratamiento de los datos personales, así como la finalidad del tratamiento deben ser identificables por el interesado. Si no se respetan estos dos principios para el tratamiento de datos, hay violación de la privacidad. En este caso, según el Art. 13 de la DSG se requiere una justificación (por ejemplo, el consentimiento del interesado o un interés superior del encargado del tratamiento). Si no se cumplen los principios para el tratamiento de datos, se necesitará regularmente el consentimiento para el marketing por correo electrónico.

Esta vista general de las disposiciones legales pertinentes relativas al marketing por correo electrónico muestra que los requisitos legales en Suiza son menos detallados que, por ejemplo, en Alemania. Existe un margen de interpretación mucho mayor. ¿Qué está permitido realmente y qué no?

### Envío de correos electrónicos publicitarios a quienes no sean clientes

El „envío masivo de publicidad a través de Internet o servicios de telecomunicaciones“ a quienes no sean clientes está permitido legalmente si se cumplen los siguientes requisitos:

- ▶ Antes de la recepción del correo electrónico, el destinatario debe haber dado su consentimiento expreso (principio de autorización opt-in) (véase también „métodos para darse de alta“).
- ▶ El remitente debe ser claramente identificable. La dirección se debe suministrar correctamente y no debe haber disimulado o falsificado su identidad.
- ▶ Cada correo electrónico publicitario debe contener una opción claramente identificable, gratuita y simple para darse de baja (por ejemplo, un enlace para cancelar la suscripción con confirmación de la baja o eventualmente un enlace al formulario para cancelar la suscripción en línea).

El consentimiento también es necesario desde el punto de vista de la legislación relativa a la protección de datos. Por lo general, en caso de correos electrónicos publicitarios no se respeta el principio de transparencia contemplado en la legislación relativa a la protección de datos, cuando se trata de destinatarios que no son clientes.

### **Envío de correos electrónicos publicitarios a clientes existentes**

El Art. 3, letra o de la UWG prevé ciertas facilidades para el envío de correos electrónicos publicitarios a clientes existentes. Se entiende por „cliente existente“ cuando hay una relación económica entre el destinatario y la empresa anunciante; es decir, se debe haber realizado realmente una compra (servicio o producto). Cuando se envían correos electrónicos publicitarios a estos clientes, no se requiere el opt-in si se cumplen las siguientes condiciones:

- ▶ Existe un vínculo entre el servicio adquirido en un momento determinado y el servicio anunciado (publicidad de productos o servicios comparables).
- ▶ No se promocionan servicios de terceros.
- ▶ También cuando se envían correos electrónicos publicitarios a clientes existentes, el remitente debe ser claramente identificable, y cada correo debe incluir una opción de fácil acceso y gratuita para darse de baja (véase arriba).

Si no se cumplen los requisitos antes mencionados, por ejemplo se envía al cliente existente información de productos de terceros, deberán cumplirse los mismos requisitos que se aplican al envío de correos electrónicos publicitarios a destinatarios que no son clientes.

### **Métodos para darse de alta**

El legislador suizo se abstuvo de reglamentar la forma de darse de alta y su demostrabilidad en el Art. 3, letra o de la UWG. Por lo tanto, el remitente es, en principio, libre de elegir cualquiera de los métodos para darse de alta descritos anteriormente. El único requisito obligatorio es que el destinatario otorgue su consentimiento „explícito“.

En el caso de suscripciones obtenidas fuera de línea (por ejemplo, en ferias, por teléfono o mediante formularios de suscripción en una tienda), no existe ninguna disposición que reglamente detalladamente la obligación de conservación y demostrabilidad. Sin embargo, el remitente debe asegurarse de que el destinatario ha dado su consentimiento explícito para recibir correos electrónicos publicitarios.

En el marketing por correo electrónico están disponibles los siguientes métodos para darse de alta en línea con el fin de cumplir con el principio de opt-in:

› **Single Opt-In (autorización simple):**

El suscriptor se da de alta explícitamente en línea haciendo clic en la casilla correspondiente e ingresando su dirección de correo electrónico (o cualquier otra información). La suscripción se confirma simplemente en la siguiente página de la página de suscripción. En principio, no se recomienda este método para darse de alta.

› **Confirmed Opt-In (autorización confirmada):**

El suscriptor se da de alta en línea de forma explícita, haciendo clic en la casilla correspondiente e ingresando su dirección de correo electrónico (o cualquier otra información). La suscripción se confirma, por una parte, en la página siguiente y, por la otra, se reconfirma por correo electrónico.

El confirmed opt-in (single opt-in con confirmación por correo electrónico sin enlace de confirmación) desde el punto del derecho de la competencia (leal) es lícito pero implica riesgos desde la protección de datos. Como se explica más adelante (véase double opt-in), la empresa responsable del tratamiento de datos personales debe comprobar la exactitud y asegurarse de que el destinatario ha dado su consentimiento para recibir publicidad por correo electrónico. Existe un cierto riesgo de abuso con el método confirmed opt-in. No se puede descartar, por ejemplo, que alguien proporcione una dirección de correo electrónico de un tercero y así ordene un boletín informativo a una dirección de correo electrónico de un

tercero. Por consiguiente, sería imposible que la empresa que utiliza el método confirmed opt-in pueda comprobar si la suscripción realmente fue hecha por el titular de la dirección de correo electrónico.

› **Double Opt-In:**

El método denominado „double opt-in“ ha logrado imponerse en la práctica; en particular en relación con la ley de protección de datos.

El double opt-in es un método en el que el cliente da su consentimiento „doble“ (en dos pasos). En un primer paso, el destinatario indica su dirección de correo electrónico para recibir, por ejemplo, un boletín informativo (paso 1). La agencia de publicidad envía a continuación un correo electrónico de confirmación con un enlace de confirmación a la dirección de correo electrónico indicada por el destinatario y éste confirma (hace clic) en el enlace de confirmación que desea recibir el boletín (segundo paso).

Aunque desde el punto de vista del derecho de la competencia leal ya se tiene el consentimiento en el primer paso, se recomienda el método de double opt-in en relación con la ley de protección de datos. El remitente tiene que asegurarse de que el destinatario realmente acepta recibir publicidad. Esto se puede garantizar solo con el método de double opt-in.

**Funciones “Tell a Friend”**

En Suiza, las funciones denominadas „Tell-a-Friend“ son usuales y ampliamente aceptadas como admisibles. Al menos los mensajes enviados utilizando esta función no se consideran publicidad masiva en el sentido del

Art. 3, letra o de la UWG. De acuerdo con la documentación legislativa, se entiende por publicidad masiva el envío de mensajes automatizados. Los mensajes publicitarios que requieren un esfuerzo humano para ingresar las direcciones de correo electrónico individuales, como es el caso de "Tell-a-Friend", no se consideran publicidad masiva.

### Compra de direcciones

Con frecuencia surge la pregunta: "¿Se permite enviar correos electrónicos a direcciones compradas o alquiladas?"

Muchas agencias de publicidad se mueven en una zona gris según la legislación suiza. Muchas agencias de publicidad asumen que pueden enviar correos electrónicos publicitarios a direcciones compradas sin problemas. Sin embargo, esto no es correcto.

El envío de correos electrónicos publicitarios a direcciones compradas plantea un problema particular, ya que la agencia de publicidad no obtuvo los datos directamente del interesado. El interesado no puede detectar que la dirección de correo electrónico comprada fue vendida a un tercero con fines de marketing, a menos que se le informe adecuadamente. La falta de información significaría una violación del Art. 4, apartado 4 de la DSG que se puede justificar regularmente solo por medio del consentimiento (Art. 13 de la DSG). En todo caso, el consentimiento es absolutamente necesario de acuerdo con el Art. 3, letra o de la UWG. Lo ideal es que el comprador de datos obtenga un consentimiento informado en el momento de comprar los datos.

Como se ha mencionado anteriormente, el Art. 3, letra o de la UWG y la ley de protección de datos no establecen claramente el alcance de la información en relación con el consentimiento. Los clientes y los interesados, sin embargo, deben poder hacerse una idea del grupo de destinatarios de los datos. Si el comprador de los datos personales desea reenviar las direcciones a un grupo ilimitado de destinatarios, los requisitos para otorgar el consentimiento son más estrictos. En este caso, la información y el consentimiento deben ser explícitos. Si la información y el consentimiento se incluyen en las Condiciones Generales de la empresa, el grupo de terceros no debe ser inesperadamente grande o inesperadamente compuesto. Por lo tanto, se debería permitir la transferencia de direcciones por medio del consentimiento e información en las Condiciones Generales, por ejemplo, cuando se transfieren a otras empresas del grupo, pero no a un número ilimitado de terceros.

Además, con referencia al Art. 3, letra o de la UWG es importante que el anunciante no confíe en la promesa de terceros de que hay un consentimiento adecuado.

### Obtención de fuentes accesibles al público

Muchas agencias de publicidad creen que pueden utilizar correos electrónicos publicitarios obtenidos de fuentes públicas sin restricciones de uso. Sin embargo, esta opinión generalizada no es correcta. Las direcciones de correo electrónico se pueden recoger, en particular, mediante búsquedas en internet. En este caso, el remitente de los correos electrónicos publicitarios no puede invocar un consentimiento (implícito o

explícito), ni una relación comercial preexistente. Por lo tanto, no existe margen alguno para considerar admisible el envío de publicidad por correo electrónico (de conformidad con el Art.3, apartado 1, letra o de la UWG).

Desde el punto de vista de la protección de datos, también es problemático usar direcciones de correo electrónico de fuentes públicas para enviar mensajes publicitarios. El afectado no puede percatarse de que las direcciones se obtuvieron de fuentes públicas, de modo que continuamente se está violando el Art. 4, apartado 4 de la DSGVO. Según la legislación relativa a la protección de datos, a primera vista puede parecer posible invocar que los interesados han hecho del dominio público sus direcciones de correo y, por lo tanto, el envío de correos electrónicos publicitarios (según el Art. 12, apartado 3 de la DSGVO) presuntamente no se considera una violación de la privacidad. Esta presunción se aplica sólo al tratamiento de datos en el marco de los fines de publicación pretendidos por el interesado que resultan de las circunstancias. Cuando una persona revela su dirección de correo electrónico en un sitio web, no necesariamente está invitando a que le envíen publicidad masiva. Sin embargo, el contexto de la publicación de la dirección puede indicar que los fines de la publicación incluyen la entrega de publicidad específica, por ejemplo, el registro de la dirección de correo electrónico en páginas amarillas, listas, etc.

### **Precaución: Principio del país de destino**

Como ya se ha mencionado, la legislación suiza es menos detallada que la de Alemania. Por lo tanto, es comprensible que la mayoría

de las compañías suizas no presten atención a las especificaciones extranjeras que son más detalladas.

Sin embargo, hay un „inconveniente“ no tan inofensivo que las empresas suizas deberían tener en cuenta. Si una empresa suiza envía correos electrónicos a destinatarios en el extranjero; este envío de mensajes publicitarios se registrará fundamentalmente por la legislación extranjera, de conformidad con el "Principio del país de destino".

### **¿Qué significa el término «Principio del país de destino»?**

La localización del mercado es el lugar en donde se ejerce influencia sobre el destinatario a través del marketing. Los indicios para determinar la localización del mercado son:

- ▶ Código del país de la dirección de correo electrónico (por ejemplo, @correoejemplo.es)
- ▶ Idioma del correo electrónico
- ▶ Referencia del país del producto publicitario (por ejemplo, sitios web alemanes)

Si la definición anterior se aplica de forma rigurosa, deberá suponerse que los abonados a un boletín informativo en alemán pueden ser de Alemania. De manera, que como campo obligatorio al darse de alta solo se puede obtener la dirección de correo electrónico. Además, la empresa está obligada a demostrar la suscripción de forma convincente y plena, independientemente de si se hizo fuera de línea o en línea.

Por supuesto, algunos factores importantes se deben considerar cuando se plantea la pregunta de la importancia de este

reglamento, como el tamaño de la agencia de publicidad o si la agencia opera a nivel regional, nacional o incluso internacional. Así, por ejemplo, en el caso de una agencia pequeña con actividades puramente locales muy rara vez se podrá asumir que clientes de Alemania se suscriban al boletín para luego "olvidarse" y reclamar después el envío de correos electrónicos no solicitados.

Sin embargo, toda empresa que quiera utilizar los beneficios del correo electrónico como un medio para captar y fidelizar clientes, debe reflexionar cuidadosamente si quiere acatar „solo" lo estrictamente necesario de las disposiciones legales en el marco de su política comunicacional o si más bien el acuerdo benevolente con los clientes (potenciales) debería ser la base de la comunicación.

### **Sanciones por infracción de disposiciones legales**

Quien intencionalmente cometa un acto de competencia desleal, será castigado a petición con una pena de prisión de hasta tres años de conformidad con el Art. 3 de la UWG o con multa (Art. 23 de la UWG). Sin embargo, hasta ahora no hay ninguna sentencia firme del Tribunal Federal de Suiza relacionada con este hecho punible (Art. 3, letra o de la UWG). Por lo que puede apreciarse, únicamente el Tribunal Cantonal de Lucerna ha tratado este artículo en una decisión del 01 de julio de 2014 (LGVE I N° 6, 2014). El destinatario de un correo electrónico publicitario presentó una denuncia penal contra una agencia de publicidad. La Fiscalía decidió concluir el proceso penal. El Tribunal Cantonal confirmó esta decisión en apelación. En relación con la sentencia, el Tribunal

Cantonal también declaró, entre otras cosas, que el doble opt-in no es necesario según la ley. Sin embargo, el presente caso muestra por qué es recomendable este método para darse de alta. En este caso, el destinatario del correo electrónico publicitario alegó que no había facilitado su dirección de correo electrónico ni había dado su consentimiento. En cambio, la agencia de publicidad afirmó que la dirección de correo electrónico fue introducida en su sitio web en relación con la recepción del boletín informativo.

Salvo algunas excepciones, en la legislación aplicable no existen sanciones efectivas por infracciones a la ley de protección de datos. La violación del principio de transparencia no se sanciona penalmente en la ley de protección de datos vigente, cuando se trata únicamente de datos „normales" (Art. 34 de la DSGVO). Otra sería la situación, si al obtener datos personales de fuentes de terceros se recogen no solo direcciones de correo electrónico, que se consideran datos de carácter personal „normales", sino también datos particularmente sensibles y con estos se crea un perfil personal. En este caso, según el Art. 14 de la DSGVO se establece una obligación de suministro de información activa. La infracción a esta obligación puede sancionarse con una multa (Art. 34, apartado 1 de la DSGVO). Además, la persona afectada puede presentar una demanda civil en cualquier momento (Art. 15, apartado 1 de la DSGVO). Ella puede exigir que se impida el tratamiento posterior de sus datos o que se borre la información recogida.

En el futuro, se deberán ampliar las sanciones en caso de infracción a la ley de protección de datos. En particular, el Comisionado Federal para la Protección



de Datos de Suiza debe tener la competencia para imponer multas significativas por infracciones a la ley de protección de datos en caso de incumplimiento de sus recomendaciones. En la actualidad, el proyecto de revisión está aún en la etapa de asesoramiento por especialistas. Aún no se ha preparado un anteproyecto específico. Si la revisión se aprueba en el futuro y, como es de esperar, si esta ley revisada de protección de datos de Suiza se basa también en el Reglamento General de Protección de Datos Europeo, las agencias de publicidad deberán observar la ley de protección de datos con mucha más atención que en la actualidad.

### El derecho no es lo único importante

Aunque la aplicación de la ley suiza contra el spam es más teórica que práctica, las agencias de publicidad deberían tener en cuenta lo siguiente: se ha demostrado que los clientes (potenciales), que se sienten „inundados de correo basura“, desarrollan muy rápido una actitud defensiva hacia la agencia de publicidad.

Por lo tanto, se recomienda absolutamente a las empresas suizas que cumplan los fundamentos legales claramente detallados de Alemania, así como el método “double-opt-in”. Esto garantiza la suscripción conforme con la ley de todos los abonados, ya sea de Suiza o de países vecinos. Si bien es cierto que puede disminuir el grupo de destinatarios debido a la aplicación del método “double-opt-in”, esto permitirá incluir a los lectores que realmente estén interesados en la oferta del remitente y que, por consiguiente, reaccionen a sus correos electrónicos.

La siguiente lista muestra las condiciones que debe cumplir una empresa para el envío de correos electrónicos de marketing en Suiza y las que además se cumplen voluntaria y ventajosamente. Esta lista tiene carácter enunciativo y no restrictivo. Se recomienda a las empresas medianas y grandes que consulten a un especialista en derecho de la comunicación para la redacción de las directrices relativas al marketing por correo electrónico.

### Lista de verificación

- ✓ Dirección correcta e inequívoca del destinatario (identidad verdadera)
  - **Obligatorio**
- ✓ Consentimiento previo explícito o relación comercial existente con el destinatario (el destinatario es cliente).
  - **Obligatorio**
- ✓ Opción de rechazo sencilla y muy visible para futuros envíos (el mismo medio de comunicación, sin costo adicional); por ejemplo, enlace para darse de baja, cancelación de suscripción con acuse de recibo por correo electrónico.
  - **Obligatorio**
- ✓ Consentimiento en línea: es necesario hacer clic expresamente en una casilla que refleje el consentimiento para recibir correos electrónicos publicitarios del remitente (sin casillas preseleccionadas).
  - **Obligatorio**
- ✓ Los destinatarios que se hayan dado de baja ya no serán contactados por correo electrónico.
  - **Obligatorio**
- ✓ Correos electrónicos a clientes existentes: no se enviará publicidad de terceros sin su previo consentimiento explícito.
  - **Obligatorio**

- ✓ No se enviarán correos electrónicos publicitarios automatizados a direcciones de correo electrónico obtenidas de fuentes públicas.

‣ **Obligatorio**

- ✓ Cuando se envíen correos electrónicos publicitarios a direcciones compradas, es imperativo obtener un compromiso escrito del vendedor que confirme que los interesados han dado su consentimiento válido. Sería ideal que la agencia de publicidad realice pruebas aleatorias para comprobar la validez del consentimiento.

‣ **Recomendado**

- ✓ Correos electrónicos a clientes existentes: no enviar publicidad de productos y servicios propios sin el previo consentimiento explícito.

‣ **Recomendado**

- ✓ Aviso legal completo con opción de contacto fuera de línea (dirección, número de teléfono) y garantía de disponibilidad del remitente.

‣ **Recomendado**

- ✓ Suscripción en línea únicamente con la opción double opt-in (rastreadibilidad).

‣ **Recomendado**

- ✓ Los consentimientos obtenidos fuera de línea se guardan/archivan (rastreadibilidad).

‣ **Recomendado**

- ✓ No enviar más correos electrónicos a clientes con los que no se ha tenido contacto durante un período prolongado.

‣ **Recomendado**

Otra información útil sobre el tema:

- Sitio web del Comisionado Federal Suizo para la Información y la Protección de Datos (EDÖB) <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/00803/00816/index.html?lang=de>

- <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00612/00660/00687/index.html>

- [www.kommunikationsrecht.ch](http://www.kommunikationsrecht.ch)

## 8.2. La situación jurídica en Austria

En el derecho austríaco, el marco jurídico para el marketing por correo electrónico está distribuido en diversas disposiciones legales, al igual que la normativa alemana, algunas partes de estas constituyen la aplicación de la Directiva de la UE respectiva. La aplicación práctica de estas disposiciones difiere en parte considerablemente de la legislación alemana. La siguiente vista general se limita a las normas austríacas relativas al envío no solicitado de correo electrónico, así como a la obligación de informar y a las disposiciones en materia de protección de datos conexas. Las regulaciones especiales en las leyes sectoriales y comerciales no se examinan en esta vista general. Existen paralelismos entre la ley de protección de datos austríaca y la alemana, aunque la ley austríaca no prevé ningún equivalente especial a las disposiciones para la protección de datos de la ley alemana de servicios de telecomunicación (TMG).

### Introducción

Los obstáculos para el envío de correo electrónico permitido están regulados en el Art. 107, apartados 2, 3 y 5 de la Ley de Telecomunicaciones de 2003 (TKG 2003). Esta ley se aplica a los correos electrónicos enviados a consumidores (B2C) y empresas (B2B). Las disposiciones complementarias están incluidas en la Ley de Comercio Electrónico (ECG).

## Admisibilidad del marketing por correo electrónico: principio del Opt-In

La legislación austriaca – al igual que la legislación alemana – establece en principio el “método Opt-In”.

Según el Art. 107, apartado 2 de la TKG 2003, para el envío se requiere el consentimiento del destinatario del correo electrónico si:

- el envío se realiza para fines de publicidad directa o
- se envía a más de 50 destinatarios.

Los tribunales austríacos, al igual que los alemanes, son amplios al definir el concepto de publicidad directa, de modo que abarcan, en particular, los boletines y los mensajes informativos. Es necesario proteger al destinatario contra una violación de su privacidad debido a envíos de correos electrónicos no deseados, así como contra gastos adicionales u otros cargos. Según el Tribunal Superior Administrativo de Austria (VwGH) [VwGH 19/12/2013, 2011/03/0198], las disposiciones de la TKG 2003 también se aplican a la publicidad electoral, ya que esto produce igualmente un efecto abusivo. El ingreso de una dirección de correo electrónico en un directorio público de miembros en línea no es suficiente para considerar esto como consentimiento.

Si se envían correos electrónicos a más de 50 destinatarios, estos mensajes privados también estarán sujetos a lo establecido en la TKG 2003. Aunque su importancia en la práctica es escasa, desde el punto de vista estrictamente jurídico se deberían cumplir los requisitos de la ley (por ejemplo, la opción de darse de baja).

Antes de enviar los correos electrónicos, es necesario obtener el consentimiento requerido de conformidad con la legislación. No existen requisitos formales para la autorización, lo que significa que incluso un consentimiento concluyente sería válido en principio. La carga de la prueba de la existencia del consentimiento del destinatario recae sobre el remitente del correo electrónico. Esto significa que el consentimiento se debe obtener de tal manera que se pueda demostrar. En la legislación austriaca y en la alemana existen problemas similares en cuando a la comprobación (véase el capítulo 2.10 sobre la carga de la prueba en la legislación alemana). La opción usual que se proporciona aquí es el método “double opt-in”, en el que, por ejemplo, después de suscribirse a un boletín informativo, se envía un correo electrónico sin publicidad, preguntando si realmente desea suscribirse al boletín informativo. La confirmación resultante es importante. En todo caso, no hay ninguna disposición legal sobre el tipo de método para darse de alta. Si el método para darse de alta es demasiado complicado, siempre existe el riesgo de que al final se capten menos suscripciones.

Para establecer la ley aplicable en cada caso, cabe destacar que en el territorio de la UE se aplica el principio del país de destino. De manera que siempre deberá aplicarse la legislación por la que se rige el destinatario del correo electrónico. Esta „ficción de la escena del crimen“ está regulada en Austria en el Art. 107, apartado 6 de la TKG 2003. El VwGH [Tribunal de lo Contencioso-Administrativo] [en VwGH, 19/12/2003, 2012/03/0052] ha declarado que según el principio de protección de la norma, no puede ser determinante la ubicación del

servidor. Aunque no esté claro desde dónde se accede al correo electrónico en definitiva, esto (según el VwGH) no es excusa para infringir las disposiciones legales pertinentes.

### Admisibilidad del marketing por correo electrónico: „Opt-Out“ como excepción

El Art. 107, apartado 3 de la TKG 2003, similar al Art. 7, apartado 3 de la UWG alemana, prevé una excepción al principio del opt-in en el caso de relaciones existentes con clientes. El fundamento de esto es que tanto la normativa austriaca como la alemana se basan en una directiva europea.

De conformidad con el Art. 10, apartado 3 de la TKG 2003 existe una excepción a la necesidad de consentimiento, si:

- el remitente ha obtenido la información de contacto para el mensaje en el contexto de una venta o de un servicio a sus clientes, Y
- el mensaje se envía para la publicidad directa de productos o servicios similares propios, Y
- al destinatario, en el momento de la recogida de la información y cada vez que se transmita, se le debe haber ofrecido con absoluta claridad, sin cargo alguno y de manera sencilla, la posibilidad de oponerse al uso de esa información electrónica, Y
- el destinatario no ha rechazado inicialmente el envío; en particular, por no haberse registrado en la lista citada en el Art. 7, apartado 2 de la ECG.

Todos estos requisitos deben cumplirse simultáneamente („Y“). Si alguno de los requisitos no se cumple, la excepción no es aplicable, de modo que el consentimiento será necesario. Sin embargo, en caso de que

sea procedente la cláusula de excepción, será aplicable el Art. 7, apartado 1 de la ECG, en el sentido de que cuanto el destinatario reciba la comunicación comercial, debe poder reconocerla claramente como tal.

El rechazo previo – el último requisito citado – no necesariamente se tiene que hacer al remitente. La oposición puede hacerse también registrándose en la lista citada en el Art. 7, apartado 2 de la ECG – denominada “Lista de la ECG” (Lista Robinson). Por lo tanto, solo es necesario hacer al menos una comparación con esta “lista de bloqueados” antes de cada envío. El ente regulador de la radiodifusión y las telecomunicaciones (RTR-GmbH) mantiene esta lista. La lista se puede solicitar por vía electrónica a la RTR GmbH para luego compararla. Existen tres variantes para realizar la comparación de esta „Lista de la ECG” (estado al 04/05/2016: en [https://www.rtr.at/de/tk/TKKS\\_ECGListe](https://www.rtr.at/de/tk/TKKS_ECGListe)).

Con cualquiera de los métodos utilizados deberá garantizarse que las personas registradas no se den a conocer al remitente potencial por su nombre real. La gran particularidad de la variante austriaca de esta „lista de bloqueados” radica en que está consagrada en la ley y, por lo tanto, es aplicable en mayor medida. Esta variante puede no liberar definitivamente a las personas registradas del spam, pero al menos es más eficaz. En muchos otros países, las asociaciones o instituciones similares mantienen estas listas Robinson que son vinculantes para sus propios miembros o bien se requiere la aceptación voluntaria del anunciante. Pero este no es el caso en Austria. Ya que, aparte de las relaciones existentes con clientes, en general se aplica el principio de aprobación previa, de manera que la „lista de la ECG” está excluida del ámbito de aplicación en los

demás casos.

### Requisitos relativos al contenido

De conformidad con el Art. 107, apartado 5 de la TKG 2003, en la publicidad directa no se podrá ocultar o disimular la identidad del remitente o del responsable del envío del correo electrónico. Al igual que en Alemania, el destinatario también debe tener la posibilidad de darse de baja (por ejemplo, de un boletín informativo) en cualquier momento, con facilidad y sin gastos adicionales. La posibilidad debe ser clara y precisa, pero tampoco aquí existen formalidades específicas. Si para ello se requieren varios pasos, además de introducir una contraseña de la cuenta del usuario, los tribunales podrían considerarlo en el futuro como "demasiado difícil". De la ley no puede inferirse la obligación por parte del destinatario de cumplir necesariamente las instrucciones del remitente. Si simplemente se contesta un correo electrónico, esto debería ser suficiente como intención de darse de baja. Sin embargo, de conformidad con el Art. 107, apartado 5 de la TKG 2003, cada correo electrónico debe incluir siempre una dirección auténtica a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales mensajes. Esto es comparable con el Art. 7, apartado 2, nº 4 de la UWG alemana.

### Información que deberá facilitarse

Según el Art. 24 de la Ley de medios de comunicación (MedienG) austríaca y el Art. 5 de la ECG, deberá incluirse un Aviso Legal, si es aplicable. La ley de medios de comunicación se aplica a la publicidad por correo electrónico (medio electrónico regular o recurrente) de conformidad con el Art. 1,

apartado 5a, letra c, si los correos electrónicos se envían al menos cuatro veces en un año civil con un diseño similar. El ámbito de aplicación de la ECG es muy amplio, de modo que es suficiente para incluir la publicidad de productos en línea. Para el cumplimiento de la obligación de aviso legal, basta con integrar simplemente un enlace al aviso legal en el correo electrónico, ya que no es obligatorio que el propio mensaje contenga toda esta información. El Art. 25 de la ley de medios de comunicación establece adicionalmente la divulgación de información que puede ser incorporada en el aviso legal. Esta obligación de comunicación es de importancia prioritaria para las personas jurídicas, ya que para las personas físicas la indicación de aviso legal corresponde, en principio, al Art. 24 de la MedienG. Por lo tanto, las indicaciones obligatorias varían en función de la forma jurídica de la empresa. Sin embargo, de conformidad con el Art. 25, apartado 5 de la MedienG hay una excepción en el caso de correos electrónicos (boletines informativos) cuya información no va más allá de la presentación de la vida personal y, sobre todo, no es identificable y, además, incide primordialmente en las opiniones de las personas. En este caso, la obligación de información es muy limitada, por lo que se deben facilitar muy pocas indicaciones obligatorias. El Art. 26 de la MedienG regula la obligación de que los anuncios pagados en el correo electrónico sean explícitamente identificables como tales para evitar que surjan dudas en cuanto a su naturaleza.

Además, la disposición del Art. 14 del Código de Comercio Austríaco (UGB) sobre „documentos de negocios y formularios de pedidos“ también se aplica a los correos electrónicos. Esta disposición se deberá aplicar a

todas las empresas registradas en el Registro Mercantil y aquí también varía la información exigida en función de la forma jurídica de la empresa. La información mínima coincide en gran parte con la MedienG, pero debe especificarse directamente en el mensaje. Esencialmente se trata de información legal relacionada con el Registro Mercantil y la estructura de la empresa. El Art. 14, apartado 4 del UGB establece una disposición especial para relaciones comerciales existentes.

### Protección de datos

Cuando (también) se vayan a analizar datos personales, se deberá cumplir la Ley de protección de datos (DSG) 2000. Para poder intervenir en el derecho fundamental a la protección de datos, deben cumplirse ciertos principios de la utilización de datos. En particular, se trata de usar los datos de forma legítima y para un fin determinado y claro; además, solo deben conservarse durante el tiempo necesario para alcanzar esta finalidad. La intervención solo puede realizarse en la medida necesaria y utilizando los métodos menos invasivos para lograr la finalidad.

Cuando se cumplen estos requisitos, se aplica, en principio, el Art. 8, apartado 1 de la DSG. Si no existe autorización u obligación legal, no se protege el interés vital de la persona afectada, si los datos no están a disposición general o se utilizan principalmente en interés del responsable, el interesado deberá dar su consentimiento en cualquier caso. El Art. 9 de la DSG establece requisitos mucho más estrictos si se trata de datos sensibles.

Estas obligaciones en materia de protección de los datos se deben observar desde el primer contacto con datos personales. En la mayoría de los casos, resulta más práctico obtener el consentimiento para el uso de los datos, pero se recomienda una indicación explícita de la privacidad de los datos. Esto, a su vez, se puede solventar con una casilla de verificación en los sitios web.

### Función Tell-a-Friend

También en Austria se debe abordar con cautela el método de publicidad "Referir a un amigo". La sentencia del BGH de 2013 puede servir de guía. El OHG [Tribunal Supremo] ya se ha pronunciado sobre el tema en 2009 [OHG 9/6/2009, 4 Ob 26/09s]. Allí calificó como "esquema piramidal" a un „Programa de bonos" de un mediador de seguros que ofreció a sus clientes la devolución de sus (propias) primas de seguro si captaban dos nuevos asegurados. El „esquema piramidal" está prohibido en Austria según el Art. 27 de la UWG. Por lo tanto, el uso de sus propios clientes como reclutadores puede ser considerado desleal, al menos en el caso concreto.

### Posibles sanciones

Una particularidad austriaca es que el Art. 109, apartado 3, n° 20 de la TKG 2003 establece una sanción administrativa en caso de que se envíen correos electrónicos en contravención del Art. 107, apartado 2 o 5 de la TKG 2003, lo que puede acarrear multas de hasta 37.000 Euros. No solo la intención es suficiente para imponer la sanción, también lo es la negligencia. La negligencia se asume automáticamente al transgredir la norma prohibitiva. En la práctica, esto trae

como consecuencia que el propio remitente tenga que volverse activo para darse de baja. En este caso, debe presentar los hechos y suministrar las pruebas. Las alegaciones de carácter general no son suficientes para anular el supuesto de negligencia. La ocurrencia de un riesgo o un daño no es un requisito. La reincidencia puede incrementar la multa administrativa de conformidad con el Art. 109, apartado 5 de la TKG 2003. Al igual que en Alemania, también existe la amenaza de solicitar medidas cautelares o de indemnización de daños y perjuicios. La reacción a tales reclamaciones, en particular a las advertencias, es similar a la de Alemania. Sin embargo, en todos los casos es necesario que un especialista realice la comprobación y evaluación, ya que, aun así, hay diferencias respecto de la ley alemana. En particular, existe el riesgo de que los gastos a reembolsar a la contraparte sean superiores a los de Alemania.

Tanto las personas físicas como las empresas mercantiles, destinatarias del correo electrónico, pueden solicitar medidas cautelares derivadas del Art. 354 del Código Civil Austriaco (ABGB) que se basa en la violación de los derechos generales de la personalidad por intrusión en la vida privada de las personas.

En particular, las empresas competidoras -competidoras del remitente- pueden solicitar medidas cautelares contra el remitente conforme al Art. 14, apartado 1 en conexión con el Art. 1 de la ley federal austriaca contra la competencia desleal (UWG); y conforme al Art. 16, apartado 1 de la UWG, pueden reclamar indemnización por daños y perjuicios en caso de culpa.

## 9. Nuestra recomendación: Certified Senders Alliance

La lista blanca central "Certified Senders Alliance" (CSA) [Alianza de Remitentes Certificados], creada por eco -. Asociación Alemana de Economía en Internet y la Asociación Alemana de Marketing Directo 2003, ofrece a los proveedores de servicios de correo electrónico (EPSs) y a las empresas una solución eficaz para evitar problemas de entrega en sus campañas de correo electrónico y mejorar la calidad de su marketing por correo electrónico. La lista blanca garantiza que los destinatarios recibirán también los correos electrónicos que han solicitado o que requieren para una transacción. La mayoría de las veces, los envíos masivos, como boletines informativos, pero también los correos de transacciones (p.ej. facturas, confirmaciones de inicio de sesión, de pedidos, etc.) terminan en la carpeta de spam, posiblemente filtrados por error por el filtro de spam (denominados falsos positivos), de manera que, por lo general, quedan ocultos al destinatario. Esto puede ocasionar la pérdida de ingresos de las empresas afectadas y una molestia desagradable para el usuario.

Los proveedores de servicios de Internet (PSI) pueden optimizar la entrega a sus clientes de los correos electrónicos entrantes mediante la lista blanca CSA con el fin de seguir protegiéndolos eficazmente contra el correo basura (spam). Los remitentes de correos electrónicos que disponen de la certificación CSA, se identifican como fiables y serios ante los PSI afiliados a la CSA, evitando así los problemas de entrega debido a una mala reputación.

Los remitentes con la certificación CSA deben cumplir estrictos criterios de aprobación. Además, los proveedores de servicios certificados también comunican los criterios de CSA a sus clientes en sus Condiciones Generales. Los criterios de aprobación requieren el cumplimiento de altos estándares técnicos y requisitos legales que desarrolla la CSA junto con los participantes en un proceso continuo:

- ▶ Los criterios jurídicos de la CSA están en consonancia con la legislación de la UE vigente. Cada envío de correos electrónicos comerciales en los Estados miembros de la UE debe cumplir estos criterios.
- ▶ Los criterios técnicos se desarrollaron sobre la base de comentarios de proveedores de servicios de Internet, socios tecnológicos, así como remitentes y se actualizan continuamente para adaptarlos a los requisitos actuales. Algunos ejemplos son la firma DKIM de todos los mensajes, así como el uso de List Unsubscribe –Header (cabecera de cancelación de suscripciones), para nombrar solo dos de los criterios técnicos.

Además, hay una serie de mecanismos que sancionan a los remitentes que violan las reglas existentes. El comité de certificación y reclamaciones (BZA) controla la inclusión de nuevos remitentes y el cumplimiento de las reglas. La experiencia hasta la fecha en esta actividad demuestra que las altas exigencias dan sus frutos. Afortunadamente, el número de reclamaciones recibidas resulta bajo en relación con el volumen de envíos de los remitentes certificados. Sin embargo, en algunos casos el BZA ha tenido que imponer o confirmar sanciones para preservar la

calidad de la lista blanca. A su vez, estas sanciones contribuyen a que el remitente afectado pueda identificar y eliminar los puntos débiles en sus propios procesos o en los de sus clientes, y así evitar oportunamente daños mayores.

Para preservar la alta calidad de la lista blanca no solo es necesaria la comprobación legalmente correcta y su control a través de la gestión de reclamaciones, también es necesario revisar periódicamente los criterios técnicos. Por lo tanto, los criterios más importantes aplicables a los servidores remitentes se revisan automáticamente todos los días y se registran en un informe. Este informe incluye también pruebas adicionales para comprobar si el servidor de correo ha tenido un resultado negativo en cuanto a su comportamiento de envío de correo electrónico, con el fin de informar no solo a los remitentes certificados, sino también para obtener indicios sobre problemas durante el envío. Por lo tanto, esto también representa un valor añadido adicional que ofrece CSA al participar.

Actualmente, la CSA no solo se ha consolidado desde hace tiempo en el mercado nacional, sino también en el internacional. Desde el inicio de sus servicios operativos se ha incrementado su aceptación, lo que a su vez tiene un impacto positivo en el crecimiento de la CSA. Expresado en cifras, la CSA cuenta entretanto con más de 100 EPS certificados y otras empresas de 11 países diferentes. Por otro lado, los PSI afiliados a CSA abarcan más de 500 millones de cuentas de correos electrónicos en todo el mundo. Además, socios tecnológicos y de cooperación renombrados participan en la CSA, contribuyendo a aumentar el alcance de la



CSA y proporcionando a CSA instrumentos importantes para la supervisión de los remitentes. Desde hace años, CSA es el estándar de calidad más conocido y extendido en Alemania y, entretanto, también en todo el mundo, lo que representa un gran éxito para la economía internacional de Internet.

La CSA ofrece también otros servicios adicionales, como talleres, en los que especialistas en marketing proporcionan entrenamiento para optimizar la entrega de correos electrónicos en el sector de la gestión de entregabilidad y transmiten el marco jurídico para campañas de correo electrónico ajustadas a la ley que son eficaces.

La lista actualizada de los participantes y socios, así como otras informaciones sobre CSA se pueden consultar en <https://certified-senders.eu>.

## 10. Opt-In u Opt-Out. Qué se aplica en algunos países del mundo

El envío internacional de correos electrónicos publicitarios plantea la siguiente pregunta crucial para el remitente: En el país donde están domiciliados los destinatarios (país de destino) se aplica el principio opt-in (se requiere el consentimiento previo) o la regla opt-out (opción de darse de baja es suficiente). Un factor decisivo para evaluar la legitimidad de los envíos es la situación jurídica en el país de destino respectivo. En todos los Estados miembros de la Unión Europea, así como en Noruega, Liechtenstein, Islandia y Suiza se aplica el principio opt-in. Pero este no es el caso en todo el mundo.

La siguiente lista\* responde a la pregunta de la validez del método opt-in u opt-out en más de 60 países ordenados por continentes. Además, la lista incluye información importante sobre los fundamentos jurídicos correspondientes.

## Europa

País	Opt-In	Opt-Out	Fundamentos jurídicos/ Comentarios
Bélgica	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley sobre el marco jurídico de los servicios de la sociedad de la información (Ley del 11 de marzo de 2003),</li> <li>▶ Se aplica a B2C y B2B</li> </ul>
Bulgaria	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley de Comunicaciones Electrónicas (Artículo 261, apartado 1)</li> </ul>
Dinamarca	(+)		
Alemania	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Código Civil Alemán (BGB)</li> <li>▶ Ley contra la Competencia Desleal (UWG)</li> <li>▶ Ley de Telecomunicaciones (TMG)</li> <li>▶ Ley Federal de Protección de Datos (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG)</li> <li>▶ Consentimiento explícito necesario, salvo que existan relaciones con los clientes; Art. 7, apartado 2 nº 3, apartado 3 de la UWG</li> <li>▶ Ninguna distinción entre B2B y B2C</li> </ul>
Estonia	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley de Comunicaciones Electrónicas</li> <li>▶ en B2B es suficiente opt-out</li> </ul>
Finlandia	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Código para la Sociedad de la Información de Finlandia (Tietoyhteiskuntakaari 2014/917) (el "ISC") del 7 de noviembre de 2014</li> <li>▶ en vigor desde el 01 de enero de 2015</li> <li>▶ A B2B se aplica opt-out</li> </ul>
Francia	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley sobre la Confianza en la Economía Digital (LECN)</li> <li>▶ A los consumidores se aplica: se requiere opt-in, a menos que             <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La dirección se haya obtenido durante una compra en los últimos 12 meses</li> <li>2. Similitud entre los productos</li> <li>3. Opción opt-out gratuita y fácil de comprender</li> </ol> </li> <li>▶ en B2B es suficiente opt-out</li> </ul>
Grecia	(+)		<p>Ley 3471/2006 (G.G. 133A/28.06.06)          "Protección de la privacidad y los datos personales en el sector de las telecomunicaciones"</p>

País	Opt-In	Opt-Out	Fundamentos jurídicos/ Comentarios
Islandia	(+)		
Irlanda	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley de Protección de Datos de 1998</li> <li>▶ Comunidad europea (Redes y servicios de comunicaciones electrónicas)</li> <li>▶ (Protección de datos y privacidad) Regulaciones de 2003 (Disposición legislativa nº 535 de 2003)</li> <li>▶ Ley de Protección de Datos de 2003 (que modifica la Ley de Protección de Datos de 1988)</li> <li>▶ A los consumidores se aplica: se requiere opt-in, a menos que             <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La dirección se haya obtenido durante una compra en los últimos 12 meses</li> <li>2. Similitud entre los productos</li> <li>3. Opción opt-out gratuita y fácil de comprender</li> </ol> </li> <li>▶ en B2B es suficiente opt-out (Atención: solo en el caso de direcciones de correo electrónico que pareciera que fueran direcciones de empresas y solo para publicidad en este sector comercial)</li> </ul>
Italia	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Normativa contra el spam en sección 130 de la Ley italiana de protección de datos personales, Codice in materia di protezione dei dati personali</li> <li>▶ A los consumidores se aplica: se requiere opt-in, a menos que             <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La dirección se haya obtenido durante una compra en los últimos 12 meses</li> <li>2. Similitud entre los productos</li> <li>3. Opción opt-out gratuita y fácil de comprender</li> </ol> </li> </ul>
Croacia	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Zakon o elektroničkim komunikacijama, NN 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14 "ZEK"</li> <li>▶ en B2B es suficiente opt-out (Atención: solo en caso de contacto no automatizado de personas jurídicas)</li> </ul>
Letonia	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ en B2B es suficiente opt-out</li> </ul>

País	Opt-In	Opt-Out	Fundamentos jurídicos/ Comentarios
Liechtenstein	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley de Comunicaciones del 17 de marzo de 2006</li> <li>▶ En vigor desde el 06 de junio de 2006</li> </ul>
Luxemburgo	(+)		
Lituania	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley sobre Comunicaciones Electrónicas (la "LOEC")</li> </ul>
Malta	(+)		
Países Bajos	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley de Telecomunicaciones, protección de datos; en vigor desde el 1/10/2009: La nueva ley holandesa para Opt-In</li> <li>▶ Para B2B y B2C se aplica: se requiere opt-in, a menos que               <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La dirección se haya obtenido durante una compra en los últimos 12 meses</li> <li>2. Similitud entre los productos</li> <li>3. Opción opt-out gratuita y fácil de comprender</li> </ol> </li> </ul>
Noruega	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley para el Control de Marketing, del 9 de enero de 2009</li> <li>▶ En vigor desde el 01 de junio de 2009</li> </ul>
Austria	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Opt-in en B2C y B2B, salvo que existan relaciones con los clientes; Art. 107 apartado 2, apartado 3 TKG 2003, (enmienda 2006)</li> </ul>
Polonia	(+)		
Portugal	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 2000/31/EC</li> <li>▶ Decreto ley 7/2004 (Art. 22)</li> <li>▶ en B2B es suficiente opt-out</li> </ul>
Rumania	(+)		
Eslovenia	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley de Comunicaciones Electrónicas de Eslovenia (Zakon o elektronskih komunikacijah, UL RS No. 109/2012, 110/2013) (la "ZEKom-1")</li> <li>▶ En vigor desde el 15 de enero de 2013</li> <li>▶ Ley del Mercado y Comercio Electrónico (Zakon o elektronskem poslovanju na trgu, UL RS No. 96/2009 y 19/2015) (la „ZEPT")</li> <li>▶ en B2B es suficiente opt-out (desde el 04 de abril de 2015)</li> </ul>

País	Opt-In	Opt-Out	Fundamentos jurídicos/ Comentarios
España	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (34/2002 del 11 de julio)</li> <li>▶ Decreto Real 1720/2007</li> <li>▶ A los consumidores se aplica: se requiere opt-in, a menos que               <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La dirección se haya obtenido durante una compra en los últimos 12 meses</li> <li>2. Similitud entre los productos</li> <li>3. Opción opt-out gratuita y fácil de comprender</li> </ol> </li> </ul>
Suecia	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley sueca de marketing</li> <li>▶ en B2B es suficiente opt-out</li> </ul>
Suiza	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Art. 3 de la Ley federal contra la competencia desleal:</li> <li>▶ En Suiza se permite la publicidad masiva por correo electrónico solo si se cumplen las siguientes condiciones:               <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Consentimiento previo del cliente</li> <li>2. Datos del remitente correcto</li> <li>3. Información sobre la opción de cancelar la suscripción de forma fácil y gratuita</li> </ol> </li> </ul>
Eslovaquia	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Sección 62 de la Ley sobre Comunicaciones Electrónicas ("ECA")</li> <li>▶ En vigor desde el 01 de noviembre de 2011</li> </ul>
República Checa	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley nº 480/2004</li> </ul>
Ucrania	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ en B2B es suficiente opt-out</li> </ul>
Hungría	(+)		<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ley nº XLVIII de 2008 sobre las condiciones básicas y las limitaciones de la publicidad comercial (la "Ley de Publicidad")</li> </ul>

País	Opt-In	Opt-Out	Fundamentos jurídicos/ Comentarios
Reino Unido	(+)		<p>▶ Regulaciones sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Directiva CE) de 2003:</p> <p>▶ A los consumidores se aplica: se requiere opt-in, a menos que</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La dirección se haya obtenido durante una compra en los últimos 12 meses</li> <li>2. Similitud entre los productos</li> <li>3. Opción opt-out gratuita y fácil de comprender</li> </ol>
Chipre	(+)		▶ Sección 06 del Reglamento de las Comunicaciones Electrónicas y la Ley de Servicio Postal de 2004

## EE.UU. / Sudamérica / Canadá

País	Opt-In	Opt-Out	Fundamentos jurídicos/ Comentarios
EE.UU.		(+)	<p>▶ Ley CAN-SPAM:</p> <p>Los siguientes puntos constituyen el contenido principal de la ley (Sección 5): El remitente debe ser identificable</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Temas del asunto engañosos están prohibidos, es decir, el asunto debe informar al destinatario únicamente sobre el verdadero contenido del correo electrónico</li> <li>2. Se debe ofrecer la opción opt-out o la posibilidad de cancelar la suscripción</li> <li>3. Se debe indicar la dirección postal del remitente</li> </ol>
Argentina		(+)	<p>▶ Ley de Protección de Datos Personales.</p> <p>▶ En efecto, no existe una ley que regule exclusivamente el marketing por correo electrónico. Sin embargo, la Sección 27 de la Ley de protección de datos personales contiene disposiciones sobre la opción opt-out en el caso de correos electrónicos publicitarios</p>
Brasil		(+)	▶ La opción opt-in (aún) no se requiere, pero es aconsejable, ya que hay una tendencia hacia el opt-in

País	Opt-In	Opt-Out	Fundamentos jurídicos/ Comentarios
Chile	(+)		
Costa Rica	(+)		
Canadá	(+)		<p>▶ <a href="http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-1.6/index.html">http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-1.6/index.html</a></p> <p>▶ Desde el 01/07/2014: Régimen opt-in, acercamiento a las disposiciones alemanas y ley revisada contra el spam: Ley Anti-spam de Canadá (CASL);</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Consentimiento explícito del destinatario para la recepción de correos electrónicos publicitarios, antes de su envío</li> <li>2. La cabecera del mensaje no debe ser falsa o engañosa (remitente o asunto);</li> <li>3. Ninguna modificación de los datos de envío;</li> <li>4. Un enlace claramente visible o localizable para cancelar la suscripción; El correo electrónico publicitario debe contener la dirección postal del remitente;</li> <li>5. No utilizar direcciones de correo electrónico que se hayan recogido por medios ilícitos</li> </ol>
Colombia	(+)		
México	(+)		
Perú	(+)		
Venezuela	(+)		▶ Ley de Protección al Consumidor

## África

País	Opt-In	Opt-Out	Fundamentos jurídicos/ Comentarios
Sudáfrica	(+)		

## Asia/Australia

País	Opt-In	Opt-Out	Fundamentos jurídicos/ Comentarios
Australia	(+)		▶ Ley sobre Spam de 2003, siempre es necesario el previo consentimiento explícito
Bahréin		(+)	

País	Opt-In	Opt-Out	Fundamentos jurídicos/ Comentarios
China	(+)		▶ Regulaciones de China sobre los servicios de correo electrónico por Internet de 2006
Dubai		(+)	
Hong Kong	(+)		▶ Ordenanza de Datos Personales (Privacidad) (la "PDPO") que contiene los Principios de protección de datos (los "DPP") ▶ en B2B es suficiente opt-out
India			▶ El marketing por correo electrónico no está regulado
Indonesia	(+)		▶ Ley nº 11 de 2008 sobre Información y Transacciones Electrónicas („Ley EIT")
Israel	(+)		▶ Sección 30A de la Ley de Telecomunicaciones
Japón	(+)		▶ "Nueva Ley Anti-Spam" de 2008, adaptación importante a los principios europeos
Malasia	(+)		▶ en B2B es suficiente opt-out
Nueva Zelanda	(+)		▶ Ley sobre Mensajes Electrónicos No Solicitados de 2007; ▶ Ley de Privacidad de 1993
Filipinas	(+)		
Rusia	(+)		
Arabia Saudita	(+)		
Singapur		(+)	▶ Singapur promulgó la Ley de Control de SPAM en 2007
Corea del Sur	(+)		▶ Desde noviembre de 2014
Turquía		(+)	
Emiratos Árabes Unidos	(+)		
Vietnam	(+)		

\* A mayo de 2016: Las modificaciones legislativas realizadas posteriormente, así como la jurisprudencia constante de cada país no se tuvieron en cuenta. En algunos países, el término «B2B» puede referirse únicamente a las personas jurídicas.

Nota para los remitentes CSA: De acuerdo con la reglamentación de la CSA, siempre es necesario un opt-in para poder beneficiarse de una entrega optimizada y cumplir con los estrictos requisitos de los proveedores de servicios de Internet.



## SIGLAS, ABREVIATURAS Y NOTA DEL TRADUCTOR

ABGB	Código Civil (austríaco)
BDSG	Ley Federal de Protección de Datos
BGB	Código Civil Alemán
BGH	Tribunal Supremo Federal
CRM	Gestión de relaciones Customer-Relationship-Management
CSA	Certified Senders Alliance" [Alianza de Remitentes Certificados]
DSG	Ley Federal Suiza relativa a la Protección de Datos
ECG	Ley de Comercio Electrónico de Austria
eco	Verband der Internetwirtschaft e.V.: Comercio electrónico -Asociación Alemana de Economía en Internet
EEE	Espacio Económico Europeo
EPS	Proveedores de servicios de correo electrónico
EU-DS-RiLi	Directiva de Protección de Datos de la UE
EuGH	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
FMG	Ley Alemana de Telecomunicaciones
FMG	Ley Suiza de Telecomunicaciones
ISP	Proveedores de Servicios de Internet
LECN	Ley sobre la Confianza en la Economía Digital (LCEN Loi sur la confiance dans l'Economie Numérique)
MedienG	Ley de Medios de Comunicación
OGH	Tribunal Supremo (en Austria);ObersterGerichtshof
PSI	Proveedores de servicios de Internet
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
RStV	Acuerdo Estatal sobre Radiodifusión
RTR-GmbH	Ente regulador de la radiodifusión y las telecomunicaciones
TKG	Ley de Telecomunicaciones de Austria
TMG	Ley Alemana de Servicios de Telecomunicación
UE	Unión Europea
UWG	Ley Alemana contra la Competencia Desleal
UWG	Ley Federal Suiza contra las Prácticas o Competencia desleal Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VwGH	Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (Austria) (Verwaltungsgerichtshof)



## **Autores & Revisión**

### **Autores**

**Dr. Torsten Schwarz**

Propietario Absolit Consulting y  
Email-Marketing-Forum.de  
<https://www.absolit.de>

**Christian Schmoll**

Abogado, g3s Abogados  
[www.g3s.legal](http://www.g3s.legal),  
Senior Counsel, Sprinklr, Inc.  
[www.sprinklr.com](http://www.sprinklr.com)

**Lukas Bühlmann**

Abogado y socio,  
Bühlmann Rechtsanwälte AG  
<http://www.br-legal.ch>

**Tamino Chochola**

Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH  
[www.svlaw.at](http://www.svlaw.at)

**Dr. Arthur Stadler**

Abogado  
Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH  
[www.svlaw.at](http://www.svlaw.at)

**Martin Bucher**

Gerente General, Inxmail GmbH  
[www.inxmail.de](http://www.inxmail.de)

**Dr. Jens Eckhardt**

Abogado  
Abogado especialista en derecho de las  
tecnologías de la información  
Auditor de Protección de Datos (TÜV)  
Derra, Meyer & Partner  
[www.derra.eu](http://www.derra.eu)

**Christan Solmecke**

Abogado y socio  
WILDE BEUGER SOLMECKE Abogados  
[www.wbs-law.de](http://www.wbs-law.de)

**Annika Dam**

Abogada  
WILDE BEUGER SOLMECKE Abogados  
[www.wbs-law.de](http://www.wbs-law.de)

**Ivo A. Ivanov**

Abogado, asesor legal, eco e.V.

**Rosa Hafezi**

Abogada, Área de Negocios  
Professional Services, eco e.V.

**Alexandra Koch-Skiba**

Abogada, Directora de la Oficina de  
Reclamaciones, eco e.V.

**Qadir Rostamzada**

Marketing & Business Development  
eco e.V.

### **Revisión**

**Ivo A. Ivanov**

Abogado, asesor legal, eco e.V.

**Rosa Hafezi**

Abogada, Área de Negocios  
Professional Services, eco e.V.

**Alexandra Koch-Skiba**

Abogada, Directora de la Oficina de  
eco e.V.

**Dra. Katharina Küchler,**

Abogada, Área de Negocios  
Professional Services, eco e.V.

**Sebastian Fitting**

Asesor Legal, Jefe de la Oficina de  
Reclamaciones, eco e.V.

**Peter Urlaub**

Asesor Legal, Asesor de la Oficina de  
Reclamaciones, eco e.V.

eco

Verband der

Internetwirtschaft e.V.

(Asociación de Economía en Internet)

Lichtstraße 43h

50825 Colonia

fon +49(0)221/700048-0

fax +49(0)221/700048-111

info@eco.de

www.eco.de

[www.certified-senders.eu](http://www.certified-senders.eu)



**WE ARE SHAPING THE INTERNET.**  
YESTERDAY. TODAY. BEYOND TOMORROW.

