



Procedimiento N°: A/00250/2014

RESOLUCIÓN: R/02370/2014

En el procedimiento A/00250/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **ISPACTIVO S.C.P.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 3 de abril de 2014 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

1. No ha autorizado o solicitado el envío de correos electrónicos comerciales de **ISP ACTIVO S.C.P.**
2. Recibió el día 3 de abril de 2014 en la dirección de correo ...@...correo comercial no solicitado de **ISP ACTIVO S.C.P.** El denunciante aporta copia del correo recibido y de las cabeceras completas del mismo.

SEGUNDO: Del examen de la documentación aportada por el denunciante y de las actuaciones practicadas se desprende lo siguiente:

1. El denunciante recibió en su cuenta de correo ...@...el correo electrónico cuyas características se listan a continuación.

Cuenta origen	IP origen	Fecha	Hora
.....@publicaweb.es	***IP.1	3/4/2014	13:59

Los correos electrónicos contenían información comercial referente a servicios y productos de **ISP ACTIVO S.C.P.**

Los correos electrónicos **disponen** de información sobre el cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios.

2. Mediante escrito de fecha de salida 1de agosto de 2014 la Inspección de Datos ha solicitado información a **ISP ACTIVO S.C.P.** en relación con los hechos denunciados, siendo devuelto por el servicio de correos anotando como motivo de la devolución "*dirección incompleta.*"
3. El día 2 de septiembre de 2014 se ha realizado na visita de inspección en la sede de la empresa **ISP ACTIVO S.C.P.**, poniéndose de manifiesto los siguientes hechos recogidos en el Acta de inspección:

- 3.1. ISPACTIVO, S.C.P. tienen como actividad la realización de servicios de internet, como diseño de páginas web, etc.
- 3.2. No es habitual la realización de campañas publicitarias, habiendo realizado solamente 3 en los últimos 10 años.
- 3.3. Las campañas publicitarias realizadas van dirigidas exclusivamente a clientes o entidades que han solicitado información a través del formulario que la empresa dispone en la página web www.ispactivo.com. En algunas ocasiones se han obtenido direcciones de correo electrónico de fuentes de acceso público, pero en estos casos siempre envían un primer correo solicitando autorización para el envío de información comercial.
- 3.4. Cuando un cliente solicita cancelación de sus datos la empresa procede a la cancelación de todos los datos mediante el borrado físico de los mismos.
- 3.5. Los servicios de acceso al internet lo tienen contratado con la compañía JAZZTEL y disponen de una dirección IP fija con el número *****IP.1**.
- 3.6. En relación con el correo recibido por el denunciante, el representante de **ISP ACTIVO S.C.P.** manifiesta que es uno de los correos enviados dentro de la última campaña publicitaria realizada en abril de 2014.
- 3.7. La dirección de correo electrónico ...@... ha sido facilitada a ISPACTIVO SCP a través del formulario de la página web www.ispactivo.com, solicitando información sobre el Forumgastronomic de Barcelona. ISPACTIVO SCP tenía entre sus clientes a forumgastronomic.com de Barcelona, lo cual lo acredita haciendo entrega de una factura emitida para el cobro de los servicios prestados de alojamiento de la página web, por ello entiende que erróneamente el solicitante de información envió la solicitud de información a través de WWW.ISPACTIVO.COM, quedándose registradas en la base de datos de clientes.
- 3.8. Se verificó que en la base de datos de las direcciones de correo electrónico no constaba la dirección ...@....
- 3.9. Se verificó la existencia de un formulario de solicitud de información de fecha 12 de enero de 2012 en el que consta el nombre **A.A.A.** y la dirección de correo electrónico ...@...solicitando información sobre el congreso forumgastronomic de Barcelona.
- 3.10. Se verificó la existencia de comunicaciones mantenidas entre la empresa ISPACTIVO SPC con el titular de la dirección de correo electrónico ...@... a través de correo electrónico los días 3 y 4 de abril de 2014 en relación a la solicitud de cancelación formulada.

TERCERO: Con fecha 23 de septiembre de 2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00250/2014. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 13/10/2014 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica no considera que haya vulnerado la LSSI en tanto que la dirección de correo se proporcionó a través del formulario de la pág. web www.ispactivo.com. En la base de datos de la entidad no aparece la dirección electrónica y que existe un formulario en el que consta el nombre del denunciante solicitando el evento a celebrar en Barcelona, ante la petición de cancelación de datos se actuó de inmediato.

HECHOS PROBADOS

Uno.- Resulta acreditado que en fecha de 3/04/2014 se recibió en la dirección de correo ...@...un correo electrónico de **ISP ACTIVO S.C.P.**

Dos.- El correo electrónico recibido por el denunciante contenían información comercial referente a servicios y productos de **ISP ACTIVO S.C.P** y disponía de información sobre el cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios

Tres.- El representante de ISP ACTIVO S.C.P. manifiesta que es uno de los correos enviados dentro de la última campaña publicitaria realizada en abril de 2014 y que la dirección de correo electrónico ...@... ha sido facilitada a ISPACTIVO SCP a través del formulario de la página web www.ispactivo.com, solicitando información sobre el Forumgastronomic de Barcelona.

Cuatro.- En la inspección realizada en ISP ACTIVO SCP se verificó la existencia de un formulario de solicitud de información de fecha 12 de enero de 2012 en el que consta el nombre **A.A.A.** y la dirección de correo electrónico ...@...solicitando información sobre el congreso forumgastronomic de Barcelona y que en la base de datos de las direcciones de correo electrónico de la entidad no constaba la dirección ...@...

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El artículo 43.1 de la LSSI en su redacción conferida por la Ley 9/2014 establece que *“igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.c), d) e i) y 38.4.d), g) y h) de esta Ley”*; otorgando por tanto a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

II

Actualmente se denomina “spam” a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por “spam” cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada es el correo electrónico.

Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española.

El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones, han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

La LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa “*el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas*”. Es decir, se desautorizan las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, sin consentimiento expreso del destinatario, si bien esta prohibición encuentra su excepción en apartado 2 del citado artículo 21, que autoriza el envío de comunicaciones comerciales cuando “*exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente*”. De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

El artículo 19, apartado 2, de la LSSI preceptúa que “*En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales*”.

Por tanto, en relación con el consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, en el artículo 3.h) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) que define el “*consentimiento del interesado*” como: “*toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen*”.

Asimismo resulta aplicable lo previsto en el artículo 45.1.b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que señala que cuando los datos se destinen a publicidad y prospección comercial los interesados a quienes se les solicite su consentimiento deberán ser informados “*sobre*

los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad"

Así las cosas, de acuerdo con dichas normas, el consentimiento, además de previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser plena y exacta acerca del sector de actividad del que puede recibir publicidad, con advertencia sobre el derecho a denegar o retirar el consentimiento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

III

Como ya se ha señalado, la LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo de la siguiente manera:

"f) Comunicación comercial»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica".

El concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, engloba todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Por otro lado, la LSSI en su Anexo a) define "Servicio de la Sociedad de la Información" como *"todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario*

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

Añade el referido apartado que el envío de comunicaciones comerciales es un servicio de la sociedad de la información, siempre que represente una actividad económica.

Según el apartado d) del citado Anexo, destinatario es la *"persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información"*

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado, los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

IV

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, se debe destacar que la LSSI dispone en su artículo 21 lo siguiente: *“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.*

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.”

En el presente supuesto, ha quedado acreditado que la entidad denunciada remitió una comunicación comercial por medios electrónicos sin los requisitos que el art. 21 de la LSSI señala. La entidad denunciada manifiesta que el denunciante se inscribió en el Forumgastronomico de Barcelona y aporta formulario de solicitud de información realizado en fecha de 12/01/2012.

Sin embargo debe señalarse que el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos ha de ser de la misma empresa que fue objeto de relación comercial previa. Es decir, aun admitiendo algún tipo de relación con Forumgastronomico, ISPACTIVO ofrece productos y servicios propios, ajenos a aquella. Y el otro supuesto que permite el artículo para el envío de las citadas comunicaciones, es la autorización previa y expresa, e ISPACTIVO no ha acreditado que ofrece información al respecto cuando un usuario solicita información a través de su web.

V

El artículo 38.4 d) de la LSSI considera infracción leve: *El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos*

establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave.

En el presente caso el denunciado ha remitido una comunicación electrónica que vulnera lo dispuesto en el art. 21 de la LSSI, considerándose infracción leve.

VI

El artículo 39 bis de la LSSI, bajo el epígrafe “*Moderación de las sanciones*”, estipula lo siguiente:

“1. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que la infracción se refiere a la remisión de una única comunicación comercial y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario de los mensajes y falta de constancia de los beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

VII

Por otro lado, debe analizarse en el presente caso la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el art. 39 bis 2 LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida alguna a adoptar por la entidad denunciada, pues como se comprobó en la Inspección realizada en ISPACTIVO, SPC no constaba en la base de datos de direcciones de correo electrónico la dirección ...@...sin que se pueda requerir una medida ya adoptada que evite el envío de las comunicaciones comerciales por medios electrónicos, procedería el archivo de las actuaciones.

En este sentido conviene traer a colación lo dispuesto en las Sentencias de la Audiencia Nacional 455/2011 de fecha 29/11/2013 y 166/2013 de fecha 10/06/2014 que señalan que la figura del Apercibimiento tiene que llevar aparejada medidas concretas para el sujeto apercibido, ya que de otro modo se otorgaría al apercibimiento una suerte de naturaleza sancionadora, y nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LSSI vulnerando los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En conclusión, la actuación administrativa procedente en Derecho es el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 39 bis 2 de la LSSI, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO.- ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00250/2014) a ISPACTIVO S.C.P. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción el artículo 21.1 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4 d) de la citada norma.

SEGUNDO.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **ISPACTIVO S.C.P.** y a **D. A.A.A..**

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos