



Procedimiento N°: A/00253/2014

RESOLUCIÓN: R/02590/2014

En el procedimiento A/00253/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **GTI SOFTWARE NETWORKING SA**, vista la denuncia presentada por **C.C.C.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 28/04/2014 tiene entrada en esta Agencia, un escrito de **C.C.C.**, (el denunciante en adelante) en el que declara que ha solicitado en innumerables ocasiones a la empresa GTI que cesara en el envío de comunicaciones comerciales electrónicas y que no han hecho caso pues sigue recibiendo “spam” de la citada empresa.

SEGUNDO: Del examen de la documentación aportada por el denunciante se desprende lo siguiente:

Aporta copia y cabeceras del correo electrónico de fecha de 28/04/2014 recibido en la cuenta de correo **A.A.A.** cuyo remitente es [D.D.D.](#) con el asunto GTI – CURSOS WEBINAR CLOUD GRATUITOS MAYO 2014

Aporta copia del correo remitido desde **B.B.B.** cuyo destinatario es [D.D.D.](#) y [....@gti.es](#) en el que comunica manifiesta que no quiere recibir “spam” de su entidad y que borren los datos relativos a “consulintel”.

TERCERO: Con fecha 29 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/00253/2014. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 3/11/2014 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica:

El representante de CONSULINTEL ha sido cliente de GTI, manteniendo ambas entidades una relación contractual.

GTI contrato con la empresa GIVE2GET la promoción de determinadas actividades y servicios de GTI y comunico los datos de CONSULINTEL para el desarrollo de esas actividades y es por lo que se remitieron comunicaciones comerciales al denunciante.

El denunciante solicito la baja a la que GTI contesta solicitando un número de cif o código cliente a fin de poder identificarle y proceder a la baja, sin que a fecha de las presentes alegaciones haya remitido dicha información.

QUINTO: En fecha de 12/11/2014 se requirió a GTI que acreditara la relación contractual previa y el objeto de la misma con CONSULINTEL aportando mediante escrito de fecha 13/11/2013 una relación de facturas derivadas de productos y servicios. Asimismo manifestó que en la actualidad ha excluido la dirección de correo electrónico del denunciante de su lista de envíos publicitarios y marketing directo.

HECHOS PROBADOS

Uno.- En fecha de 28/04/2014 se recibe un correo electrónico en la cuenta de correo **A.A.A.** cuyo remitente es **D.D.D.** con contenido comercial que promociona *CURSOS WEBINAR CLOUD GRATUITOS MAYO 2014*

Dos.- En fecha de 28/04/2014 se remite un correo electrónico desde la cuenta **B.B.B.** cuyo destinatario es **D.D.D.** y@gti.es en el que comunica manifiesta que no quiere recibir “spam” de su entidad y que borren los datos relativos a “consulintel”.

Tres.- COSUNINTEL acudió a GTI para adquirir sus productos y servicios desde el año 2010, manteniendo una relación comercial al menos hasta el año 2013, tal como consta en la facturación aportada.

Cuatro.- En el correo recibido en la cuenta **A.A.A.** se promocionan eventos comerciales de productos y servicios similares a los contratados por COSUNINTEL a GTI durante su relación comercial acreditada, en concreto se promoción Software y utilidades y soluciones de computación en la nube.

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 a la cuenta **A.A.A.**

Ahora bien, respecto de su adecuación a la normativa debe señalarse en primer lugar, la acreditación comercial previa entre ambas entidades de servicios similares a los ofrecidos en la comunicación.

En este sentido consta desde al menos el año 2010 hasta el mes de mayo de 2013 que la entidad COSUNINTEL adquirió productos y servicios a GTI, ya sea equipos tecnológicos como licencias de software. En la comunicación comercial de 28/04/2014 se promocionan ponencias sobre el funcionamiento de diversos programas informáticos y gestión de recursos en la nube (*cloud computing*).

Llegados a este punto conviene señalar que la normativa que regula las comunicaciones comerciales por medios electrónicos dispensa de la autorización exigida cuando existe relación comercial previa de servicios similares a los ofrecidos, habiéndose acreditado la existencia de esta.

Por otra parte debe señalarse que GTI ha manifestado la exclusión de las cuentas de correo de COSUNINTEL de su lista de distribución de envíos de marketing, circunstancia que vaciaría de contenido el apercibimiento que podría imponerse en el marco del presente expediente de acuerdo con lo dispuesto en las Sentencias de la Audiencia Nacional 455/2011 de fecha 29/11/2013 y 166/2013 de fecha 10/06/2014 y la interpretación sistemática y teleológica del artículo 39 bis 2 de la LSSI.

V

Por otro lado y respecto del derecho de oposición que afirma el denunciante que ejercito, y la subsanación solicitada por GTI respecto la aportación de CIF o código de cliente, debe señalarse que el artículo 22.1 LSSI no exige otros requisitos al destinatario de los servicios de la sociedad de la información, que la *“simple notificación”*, por lo que la exigencia del CIF o código cliente no estaría amparada legalmente, resultando irrelevante que dicha información no aporte el denunciante a GTI.

No obstante lo anterior, esta Agencia entiende que la solicitud de baja se debe hacer desde la misma cuenta de correo para la que se solicita, sin que quepan peticiones genéricas a dominios. En el caso analizado la petición se realiza desde una **cuenta de correo (B.B.B.) que no es la receptora (A.A.A.) del email objeto de denuncia**, lo que no facilita el pleno cumplimiento del ejercicio del derecho por parte del Prestador de Servicios.

Asimismo no se ha acreditado la recepción de correo comercial alguno en la cuenta desde la que se solicita la oposición.

En definitiva debe archivar el presente procedimiento por haberse acreditado la relación comercial previa de servicios similares a los ofrecidos, tal como dispone el art. 21 del a LSSI.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PRIMERO.- ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00253/2014) a GTI SOFTWARE NETWORKING SA 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 **GTI SOFTWARE NETWORKING SA** y a **D. C.C.C.**

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