



Procedimiento N°: A/00268/2014

RESOLUCIÓN: R/00107/2015

En el procedimiento A/00268/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **SERVICIOS VARIOS 8020 S.L.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A. - PUBLIWEB SYSTEM, S.L.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 11 de junio de 2014, tienen entrada en esta Agencia un escrito de **D. A.A.A.** en el que denuncia que, la recepción de un envío publicitario en su dirección de correo:@publiweb.es, de la empresa **SERVICIOS VARIOS 8020, S.L.**, a la que desconoce totalmente, remitido desde la dirección info@....., con fecha 15/04/2014.

Con esa misma fecha remitió mediante correo electrónico a dicha dirección, así como a info1@....., la cual aparece en el envío publicitario como dirección para información, solicitando el origen de sus datos.

Con fecha 16/04/2014, recibe contestación desde info1@....., comunicándole que ellos no son los remitentes de dichos correos y que han puesto el caso en manos de su asesoría jurídica. De la dirección remitente del correo no recibió contestación.

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

1. Con fecha 20 de julio de 2014, se realiza búsqueda a través de Internet en la dirección ARSYS.COM, del dominio kaitt.net, comprobando que el registrante que figura es anónimo, y la dirección de contacto des abuse ...@.....
2. Con fecha 1 de agosto de 2014, se solicita información a la entidad anunciante **SERVICIOS VARIOS 8020, S.L.**, recibiendo contestación con fecha 22/08/2014, manifestando que no cuentan en su base de datos con la dirección donde el denunciante ha recibido el envío publicitario.

No obstante, con fecha 02/09/2014, se vuelve a solicitar información adjuntando la copia del correo, no habiendo recibido respuesta hasta el momento.

3. Con fecha 19/09/2014, se realiza una búsqueda a través de Internet para el análisis de las cabeceras del correo recibido por el denunciante, comprobándose que la dirección IP desde donde se envió es *****IP.1**, asimismo se comprueba que existe otra dirección secundaria: *****IP.2**, la cual se verifica que corresponde a la empresa Dinahosting, S.L.:

4. Con fecha 19/09/2014, se realiza una búsqueda a través de Internet en la página RIPE.NET, de la dirección IP: ***IP.1, verificándose que corresponde a Telefónica de España, S.A.U.
5. Con fecha 23/09/2014, puestos en contacto con la empresa Dinahosting, S.L., se les remite a través de correo electrónico una solicitud de información, no obstante contestan con fecha 29/09/2014, que cuando reciban la solicitud por correo postal, o mandamiento judicial remitirán la contestación.
6. Con fecha 23/09/2014, se solicita información a Telefónica de España sobre dicha dirección IP, la cual remite contestación con esa misma fecha informado de que dicha dirección en esa fecha la tenía asignada la línea telefónica con número ***TEL.1, que pertenece a ORANGE ESPAÑA, S.A.
7. Con fecha 25/09/2014, se solicita información a ORANGE ESPAÑA, S.A., con relación a la titularidad de dicha línea en la fecha en la que se realizó el envío, correspondía a la empresa SERVICIOS VARIOS 8020, S.L.

TERCERO: Con fecha 8 de octubre 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/00268/2014. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

CUARTO: De las actuaciones practicadas han quedado acreditados los siguientes

HECHOS PROBADOS

Uno.- En fecha de 15/04/2014 se recibe en la cuenta de correo de denunciante una correo electrónico que promociona la venta de material deportivo de la marca kaitt desde la dirección de correo info@.....

Dos.- La empresa Kaitt Excellence S.L., niega ser la titular del dominio desde la que se remitió el correo electrónico, manifestando se propietaria de los dominios .com, .es e .info.

Tres.- En la parte inferior de la citada comunicación consta el nombre de la entidad denunciada SERVICIOS VARIOS 8020 S.L., y un nº de teléfono, y un enlace a una página de internet que amplía la información del producto publicitado.

Cuatro.- La dirección IP desde donde se envió el correo electrónico es ***IP.1, y cuya titularidad ha sido confirmada por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U respecto de la línea de teléfono ***TEL.1 que pertenece a ORGANGE ESPAGNE, S.A.

Cinco.- ORGANGE ESPAGNE, S.A. ha confirmado que en fecha de 15/04/2014 la titularidad de la línea correspondía a SERVICIOS VARIOS 8020 S.L.,

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.

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

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 resultado acreditado que el denunciante recibió en su dirección de correo electrónico una comunicación con contenido comercial en la que no consta un medio de oposición sencillo y gratuito para la recepción de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

SERVICIOS VARIOS 8020 S.L. no ha acreditado la existencia de la autorización previa y expresa del destinatario o algún supuesto de los previstos en el art. 21.2 de la LSSI.

Para su adecuación a la normativa vigente, SERVICIOS VARIOS 8020 S.L. debe establecer, mecanismos que eviten el envío de comunicaciones comerciales, en particular a la dirección de correo del denunciante, y en general a cualquier destinatario que no hayan dado su autorización o no que se encuentren en alguno de los supuestos.

Asimismo debe poner a disposición de los destinatarios de las comunicaciones comerciales, un medio de oposición tanto en el momento de la recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que envíe.

IV

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 de las actuaciones practicadas se desprende que SERVICIOS VARIOS 8020 S.L., ha remitido una comunicación electrónica vulnerando lo dispuesto en el art. 21 de la LSSI, considerándose infracción leve.

V

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 inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario de los mensajes y falta de constancia de los beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PRIMERO.- APERCIBIR (A/00204/2014) a SERVICIOS VARIOS 8020 S.L con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en relación con la infracción del artículo 21 de la citada norma, tipificada como leve en su artículo 38.4.d).

SEGUNDO.- REQUERIR a SERVICIOS VARIOS 8020 S.L de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 39 bis 2, para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución.

2.1 CUMPLA lo previsto en el artículo 21.1 y 2 de la LSSI, para lo que se insta a dicha entidad a establecer mecanismos que eviten el envío de comunicaciones comerciales, en particular a la dirección de correo del denunciante, y en general a cualquier destinatario que no hayan dado su autorización o que no se encuentren en alguno de los supuestos del citado apartado 2 del artículo 21 debiendo ofrecer, tanto en la recogida de datos como en cada comunicación comercial que envíe por medios electrónicos, un medio de oposición a la recepción de comunicaciones comerciales.

2.2 INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando los documentos u otros medios de prueba en los que se ponga de manifiesto su cumplimiento.

Se comunica que se abre el expediente de investigación E/00373/2015 a fin de comprobar el cumplimiento de lo requerido en el presente Apercibimiento en el plazo otorgado para ello.

TERCERO: NOTIFICAR el presente Acuerdo a **SERVICIOS VARIOS 8020 S.L.** y a **D. A.A.A. - PUBLIWEB SYSTEM, S.L.**

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