



Procedimiento N°: A/00291/2014

RESOLUCIÓN: R/02679/2014

En el procedimiento A/00291/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **SISTAC ILS**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 13 de mayo de 2014, tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que denuncia la recepción de un envío publicitario en su móvil a través de un SMS, el día 6 de mayo de 2014, cuyo remitente era PCBox. Aporta fotografía del SMS recibido. Asimismo, manifiesta que no ha participado en ninguna promoción de PCBox que pudiera estar relacionada con el texto del mensaje, ni ha dado consentimiento para el envío de publicidad a dicha entidad

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

1. Con fecha 23 de septiembre de 2014, se recibe escrito de la entidad SISTAC ILS, S.L, con relación a los hechos denunciados, poniendo de manifiesto que:
 - 1.1. El origen del dato relativo al número de teléfono del denunciante es la compra de un producto, siendo facilitado por el titular.
 - 1.2. Con relación al consentimiento, manifiestan que, en el reverso del ticket de compra, figura un texto sobre protección de datos y además informan al cliente de la posibilidad del envío de SMS para información de promociones y otros.
 - 1.3. Aportan un Ticket de compra que manifiestan que corresponde a la compra que realizó el denunciante.
2. Se realiza una búsqueda a través de Internet, tanto desde un ordenador como desde un dispositivo móvil, verificándose que no se accede a la página de PCBox, ni a ninguna otra. Se adjunta a estas Actuaciones Diligencia con el resultado de la búsqueda.

TERCERO: Con fecha 21 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/00291/2014. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

CUARTO: Con fecha DE 30/10/2014 se recibe en esta Agencia escrito del denunciante en el que aporta fotocopia del ticket de compra donde no consta información alguna

respecto a la recepción de comunicaciones comerciales por SMS y a su posibilidad de oponerse. La única mención que consta es *“De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos, podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación dirigiendo un escrito a la empresa cuyos datos figuran en la cabeza de este documento”*.

El denunciante avisó al dependiente de que la utilización de su nº de teléfono móvil fuera únicamente para avisarle cuando estuviera el pedido, limitándose aquel a anotarlo sin información alguna respecto del uso que haría de acuerdo con el art. 5 de la LOPD.

En SMS no tiene un medio de oponerse al tratamiento con fines promocionales.

QUINTO: Con fecha de 14/11/2014 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica:

Que el denunciante era cliente y que no se pudo acceder a la url citada porque era de una promoción anterior, aportando una dirección donde se dirigen las promociones actuales.

HECHOS PROBADOS

UNO.- En fecha de 19/07/2013 el denunciante adquirió un producto MEM 32 GB SDHC SCANDISK ULTRA CLASE en la tienda PC BOX SISTAC ILS, S.L. emitiéndose un ticket donde consta en el reverso, información relativa al ejercicio de los derechos de acceso, recertificación, cancelación y oposición previstos en la LOPD.

DOS.- El denunciante manifiesta que proporcionó el nº de teléfono móvil al dependiente de la tienda para que le avisara cuando recibieran el pedido, oponiéndose a que fuera utilizado para cualquier otra cuestión.

TRES.- En fecha de 6/05/2014 a las 13:48 se recibe en el nº de teléfono móvil del denunciante un SMS de texto con remitente PCBox con el siguiente texto: *“ Del 2 al 11 de mayo cheque descuento -15% en más de 1000 artículos. Consulta condiciones en ut tienda PCBox o en <http://bit.ly/1ndxl2D>”*

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, el denunciante manifestó que proporcionó voluntariamente su nº de teléfono para gestiones relativas al pedido y no para el envío de publicidad.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que no **consta acreditado que el denunciante fuera informado de la posibilidad de recibir publicidad por medios electrónicos ni el ofrecimiento de un medio de oponerse** de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del citado artículo que señala que: *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.* Por lo tanto se considera vulnerado el art. 21.2 de la LSSI.

Para su adecuación a la normativa vigente, la entidad denunciada deberá adecuar las cláusulas informativas para poner a disposición de sus clientes 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 el denunciado 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 concurren 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.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PRIMERO.- APERCIBIR (A/002191/2014) a **SISTAC ILS** 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. 2 de la citada norma, tipificada como leve en su artículo 38.4.d).

SEGUNDO.- REQUERIR a SISTAC ILS 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 21.2 de la LSSI, para lo que se insta a dicha entidad a 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, para dar cumplimiento al citado precepto tal como se señala en el Fundamento de Derecho III de la presente Resolución.

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.

TERCERO.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **D. SISTAC ILS** y Acuerdo 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