

Procedimiento N°: A/00298/2014

RESOLUCIÓN: R/00171/2015

En el procedimiento A/00298/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **USER IDBASE S.L.**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 7 de mayo de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de Don **A.A.A.**, en adelante el denunciante, poniendo de manifiesto la recepción con fecha 30 de abril de 2014 de una comunicación comercial no solicitada en su cuenta de correo electrónico, y en la que se indicaba que “yo lo recibía porque era ‘contacto’ de ellos “

El denunciante aporta copia del envío denunciado en forma de captura de pantalla y en forma de texto junto con sus cabeceras.

SEGUNDO: De las actuaciones previas practicadas se desprende lo siguiente:

1. Del examen de la comunicación comercial objeto de denuncia aportada por el denunciante se observa que con fecha 30/04/2014 (7:49 h.) fue remitido un correo electrónico desde la cuenta@.... con destino a la cuenta1@.... con el asunto “IDaccion Nest Door Business”. En dicho correo se promocionan los servicios de la plataforma social profesional “IDacción Next Door Business”.

En el pie del envío aparece la dirección electrónica **www.idaccion.com** y la indicación “*Estás recibiendo este mail porque eres contacto de IDaccion*”, bajo la cual también aparece el domicilio de User ID Base SL.

En la cabecera de internet del correo electrónico aparece que fue remitido desde la dirección IP *****IP.1**.

2. Con fecha 28/05/2014 se constata que en la Política de Privacidad que aparece en la <http://idacción.com/politica-de-privacidad> se hace constar lo siguiente: “*El usuario tiene derecho a acceder a la información que lo concierne recopilada en los ficheros de Idacción, rectificarla en caso de que sea errónea, cancelarla u oponerse a su tratamiento, en los términos establecidos por la Ley dirigiéndose , a USER ID BASE SL- Idaccion) (C/.....1) Barcelona o a@idaccion.com..*”

3. Con fecha 26/09/2014 se verifica que el dominio **idaccion.com** figura registrado

por a nombre de IDBASE.

4. De la información y documentación aportada a esta Agencia por USER ID BASE, S.L. (en adelante IDBASE), se desprende:

- a. Manifiesta la entidad que, con ocasión del lanzamiento de la red social de negocios IDaccion se realizó un comunicado general a todos los contactos de los avatares profesionales de IDaccion en LinkedIn de manera adecuada y no excesiva.

No aporta acreditación de que el denunciante hubiese consentido el contacto con la entidad.

- b. Informa la entidad que en el extracto de los perfiles LinkedIn de los mencionados avatares se incluyó el siguiente texto:

<<En cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de carácter Personal, te informo que datos personales serán tratados y quedarán incorporados a los ficheros de titularidad del titular de IDaccion - User IDbase, SL inscritos en la Agencia Española de Protección de datos, con el fin de comunicarte lanzamientos de productos y otras noticias corporativas. En este sentido consientes en forma personal y expresa, al aceptar mi invitación a contactar, que tus datos sean tratados por la entidad para dar cumplimiento a la finalidad indicada anteriormente así como para remitirte información relativa a los servicios prestados en esta entidad que sean de interés para ti. Puedes ejercer tus derechos de acceso, información, rectificación, oposición, en los términos establecidos por la Ley, dirigiéndose, a USER ID BASE SL – IDaccion, (C/.....1) Barcelona o a ...@idaccion.com..>>

- c. Según IDBASE, la información de contacto de los miembros LinkedIn de cada perfil corresponde a datos recogidos de fuentes accesibles al público, como es el caso que nos ocupa. En el tratamiento de los datos se respetan los derechos de los interesados, puesto que se comunica a los interesados la finalidad de uso de los datos y de la identidad del cesionario, IDaccion.
- d. Finaliza la entidad afirmando que este contacto acepto de manera personal y expresa la política de privacidad publicada en el extracto del perfil profesional avatar del cual era contacto, y que, desde la fecha de alta como contacto LinkedIn hasta la fecha se le envió un solo email: el de comunicación del lanzamiento de la plataforma social de negocios de IDaccion. Nunca llegó a la entidad una petición por su parte para ejercer sus derechos de acceso, información, rectificación, oposición y tras la comunicación de la Agencia de Protección de Datos hemos tratado de ponernos en contacto con dicha persona sin éxito.

5. Con fecha 16/10/2014 se comprueba que el perfil del denunciante figura en la



web LinkedIn (www.linkedin.com).

6. Solicitada información a ORANGE ESPAGNE S.A.U. respecto al titular de la línea que tuvo asignada la dirección IP *****IP.1** el 30 de abril de 2014 entre las 15:00 y las 20:00 horas, la entidad informa que estuvo asignada a D^a **B.B.B.**.
7. Solicitada información a D^a **B.B.B.**, en su lugar responde Don **C.C.C.** en el siguiente sentido::

<<... El correo que mencionan en su comunicado fue enviado por mí, a petición de USER IDBASE S.L, y fueron los responsables de USER IDBASE quienes me suministraron las direcciones de DOS envíos de correo que se realizaron a su lista, la IP constaba en ese momento a nombre de mi señora, que no tiene nada que ver con el asunto, ya que los envié desde casa.

Según me expresaron los responsables de USER IDBASE S.L, los correos que constaban eran contactos personales suyos establecidos en la plataforma de redes LinkedIn.

Yo, en este momento no trabajo ni para ni en USER IDBASE S.L, con lo que no puedo conocer que contratos de aceptación u oposición existan entre ellos, pero si lo necesitan, les puedo dar los nombres y correos electrónicos de dichas personas, y los mails donde se me pedía que realizara el envío y las listas originales de las personas que me suministraron, tampoco tengo acceso a los registros de oposición a correos comerciales que hayan podido establecer (si existe).>>

TERCERO: Con fecha 24 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/00298/2014 a USER IDBASE, S.L..

Dicho acuerdo fue notificado a dicha sociedad con fecha 28 de octubre de 2014, sin que conste haya ejercido su derecho a formular alegaciones al mismo.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 30 de abril de 2014 se remitió una comunicación comercial desde la cuenta de correo electrónico **...@...** a la cuenta **...1@...** publicitando los servicios de la plataforma social de negocios "IDacción Next Door Business".

En el pie del envío se incluía la indicación "Estás recibiendo este mail porque eres contacto de IDBASE".

SEGUNDO: El envío comercial denunciado incluía un enlace a la dirección electrónica del sitio web www.idaccion.com, en cuya Política de Privacidad se ofrece la dirección **...@idaccion.com** para poder oponerse al tratamiento de la información recopilada en los ficheros de USER ID BASE, S.L.

TERCERO: Don **A.A.A.**, titular de la cuenta de correo electrónico **...1@...**, era usuario de la red social LinkedIn en el momento de recibir el citado correo electrónico comercial no deseado.

CUARTO: El denunciante niega haber mantenido algún tipo de contacto con IDBASE

(IDaccion) en la citada red social o haber consentido el envío de información publicitaria por la mencionada empresa.

QUINTO: El dominio **idaccion.com** está registrado a nombre de IDBASE, entidad que ha reconocido ser responsable del envío publicitario recibido por el denunciante con fecha 30 de abril de 2014 en su cuenta de correo electrónico.

,

SEXTO: IDBASE ha indicado que obtuvo la dirección de correo electrónico **....1@....** del perfil LinkedIn del denunciante, quien, según afirma la denunciada, aceptó expresamente la política de privacidad que aparecía en el extracto del perfil profesional avatar de IDBASE al tratarse de uno de sus contactos en la citada red social .

SÉPTIMO: IDBASE aportó, con fecha 9 de octubre de 2014, pantallazo del perfil avatar “Informador Idaccion” que indica aparecía en LinkedIn con la siguiente información: *<<De acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de carácter Personal 8LOPD) y en las Condiciones de Privacidad de LinkedIn (2.1), te informo de que los datos personales de contacto que me facilites a través del perfil público como mi contacto linkedin serán incorporados a un fichero automatizado titularidad de IDaccion - User IDbase, SL para enviarte informaciones de manera adecuada y no excesiva. Dicha base de datos se encuentra inscrita en la agencia de Protección de datos conforme a lo dispuesto en la legislación vigente y puedes ejercer tus derechos de acceso, información, rectificación, oposición, en los términos establecidos por la Ley, dirigiéndose, a USER ID BASE SL – IDaccion, (C/.....1) Barcelona o a **....@idaccion.com.**>>*

OCTAVO: IDBASE no ha acreditado haber cancelado en sus ficheros la dirección de correo electrónico del denunciante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En primer lugar, debemos indicar que entre la remisión del envío denunciado y el Acuerdo de Audiencia Previa al Apercebimiento adoptado en el presente expediente se ha promulgado la Ley 9/2014, de 9 de mayo General de Telecomunicaciones, cuya Disposición Final Segunda introduce importantes modificaciones en la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, las cuales han de ser tenidas en cuenta en este procedimiento en virtud de la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable.

Conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española, “*La Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”. Y en este sentido constante jurisprudencia ha mantenido el principio de retroactividad de la ley sancionadora más favorable. Destacamos así la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1986 de 29 de octubre que señala refiriéndose al principio de retroactividad de la ley penal más favorable “*es que, además, dicho principio supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior,*

que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva”.

Y en este sentido el artículo 128.2 de la ley 30/1992, de 28 de noviembre, dispone: *“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*, dado que, como señala el apartado 17 de su Exposición de motivos, es objeto de la misma la aplicación de *“los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”*.

En consecuencia, de conformidad con el anterior criterio jurisprudencial procede aplicar de forma retroactiva el actual régimen sancionador de la LSSI, al resultar en su conjunto más favorable que el vigente en el momento de la comisión de los hechos objeto de imputación.

De este modo, el segundo párrafo del artículo 43.1 de la vigente LSSI 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 21 de la citada Ley, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

II

El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española. El artículo 21 de la LSSI, en la redacción introducida por la citada Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, establece que:

“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.”

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”.* A su vez, la definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del mencionado Anexo, que considera como tal la *“persona física o jurídica que proporciona 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

En el presente caso hay que dilucidar si el mensaje comercial enviado por IDBASE el 30 de abril de 2014 a la cuenta de correo electrónico1@.... desde la cuenta@.... cumplía las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI.

Según la representación de IDBASE la cuenta de correo utilizada para el envío procedía de fuentes de accesibles al público, ya que tenía su origen en la información del perfil Lindekin del denunciante, quien, a su vez, era una de sus contactos en la citada red social de Internet y había aceptado la política de privacidad que aparecía en extracto del perfil de IDBASE.

Respecto de estas manifestaciones conviene realizar las siguientes puntualizaciones:

- Primero, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19.2 de la LSSI, en este tipo de envíos efectuados por medios electrónicos no resultan de aplicación las exenciones al consentimiento contenidas en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, (en lo sucesivo LOPD), ya que su remisión se condiciona a la existencia de un consentimiento previo y expreso por parte del destinatario de las comunicaciones comerciales, excepción hecha de que se produzca el supuesto recogido en el primer párrafo del artículo 21.2 de la LSSI, que, en este caso, no se da por no existir una relación contractual previa entre IDBASE y el denunciante en los términos dispuestos en dicho precepto.

En relación con esta cuestión, es importante señalar que esta Agencia se ha pronunciado en innumerables ocasiones en que cuando se trata de comunicaciones comerciales a las que le resulta de aplicación lo previsto en los artículos 21 y 22 de la LSSI no opera la dispensa de la obtención del consentimiento que pudiera derivar en la LOPD de la aparición de datos personales en fuentes accesibles al público. Es más, aún en el caso de que estuviéramos ante una vulneración de la LOPD, la relación tasada de fuentes accesibles al público recogidas en el artículo 3.j) de la LOPD no contempla como tales las redes sociales de Internet, como sería LinkedIn. Así, señala el mencionado precepto de la LOPD que *“(...)Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación”*.

En este sentido conviene traer a colación la SAN 371/2012 de 23/07/2013, que aunque referida a datos obtenidos de una página web, resulta plenamente aplicable al caso ahora analizado:

“Agregaba por otra parte la resolución recurrida que la constancia de las direcciones electrónicas de las empresas en la red Internet no habilita para utilizarlas para el envío de comunicaciones comerciales, salvo que se den los supuestos del artículo 21 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información. Es decir, que una entidad puede tener su dirección de correo electrónico en una web a los efectos de “contacto” y fundamentalmente para ofrecer sus productos y actuar en el tráfico jurídico, pero que «ello no implica una autorización ad limitum para ser receptora de publicidad, pues precisamente ese derecho a no recibir comunicaciones comerciales por medios electrónicos es el que protege el artículo 21 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información».

Pues bien, procede desestimar el recurso por esta primera razón impugnatoria, dado que, en efecto, la legitimidad de la posesión de los datos por parte de una concreta empresa no obsta a la posterior necesidad del recabado de un consentimiento específico para la remisión de comunicaciones comerciales. Así se obtiene del art. 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico:

«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».

La desestimación del recurso por el fundamento que se acaba de analizar debe llevarnos también a la misma consecuencia con respecto a la afirmación de la obtención de aquella información (los datos de la empresa) de una fuente accesible al público (la página web de la denunciante). Y es que, con independencia de que se trate o no en efecto de una fuente accesible al público en los términos del art. 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, lo cierto es que aquella obtención pudiera legitimar, sin expreso consentimiento, el tratamiento de los datos de que se trate, pero no hacerlo con la remisión de comunicaciones comerciales. Esto entraña una actividad singular y diferente, que es requerida de consentimiento autónomo por el art. 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico .” (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

Es decir, la posesión o conocimiento de una dirección de correo electrónico de un tercero no implica, - incluso cuando aparezca difundida en páginas web de Internet o forme parte de la información del perfil de usuario en redes sociales digitales, como ocurre en el supuesto que nos ocupa, o figure incluida en bases de datos empresariales o tenga su origen en fuentes accesibles al público-, una autorización del titular de la dirección de correo electrónico en cuestión para recibir publicidad a través de medios de comunicación electrónica o similares, pues precisamente ese derecho a no recibir comunicaciones comerciales por esos medios que no hayan sido previamente solicitadas o expresamente autorizadas es el que protege el artículo 21 LSSI.

Por lo que, a los efectos de cumplir los requisitos del artículo 21.1 de la LSSI, resulta irrelevante que la dirección de correo electrónico del denunciante estuviera accesible en una red social digital, y ello habida cuenta que el tratamiento de dicho

dato con fines publicitarios requiere solicitud previa del destinatario o autorización expresa del mismo para usar con fines comerciales las señas electrónicas que aparecían en su perfil de LinkedIn.

Dicho lo cual, la remisión de la comunicación comercial denunciada constituye una acción que ha respondido únicamente a la voluntad de IDBASE de dar un uso publicitario a dicha información sin mediar para ello el consentimiento previo y expreso del denunciante.

- Segundo, el denunciante niega haber mantenido en LinkedIn algún tipo de contacto con la empresa denunciada o haber consentido a la misma el envío de publicidad, por lo que habiéndose reconocido por la denunciada que remitió al denunciante la comunicación comercial ahora analizada, recae sobre IDBASE acreditar los hechos extintivos o impeditivos de la infracción a la LSSI (que contaba con la autorización del denunciante para ello o que había existido una relación contractual previa con la denunciante por productos similares a los ofrecidos en el correo electrónico denunciado).

En relación con la cuestión de la carga de la prueba, resulta de aplicación a este supuesto el criterio mantenido por la Audiencia Nacional en la Sentencia de fecha 17 de mayo de 2007, Recurso 157/2005, en la que en un caso que también afectaba al incumplimiento de lo previsto en el artículo 21 de la LSSI, se arguyó que: *“En caso de que los afectados hubieran negado haber otorgado dicho consentimiento, que la Ley no exige que sea escrito, correspondería al denunciado probar su existencia, como ha reiterado esta Sala en relación con el tratamiento inconsentido de datos.”*

- Tercero, IDBASE no ha acreditado mediante ningún medio de prueba que la comunicación comercial denunciada se hubiera remitido contando con el consentimiento expreso de su destinatario, no obstante que la prueba del consentimiento recae sobre el remitente de la publicidad.

Así, debe rechazarse, a pesar de lo pretendido por la denunciada, que la inclusión de la leyenda informativa que aparece en el perfil avatar “Informador IDacción” en LinkedIn, y cuyo contenido se transcribe en el Hecho Probado Séptimo de la presente resolución, acredite en forma alguna que IDBASE haya obtenido el consentimiento expreso del denunciante para tratar las señas electrónicas incluidas en su perfil LinkedIn con fines comerciales. Dicha fórmula, que no permite entender válidamente otorgado tal consentimiento, no especifica el tipo y finalidades concretas del tratamiento a realizar ni informa sobre los sectores específicos y concretos respecto de los que se podrá recibir información o publicidad. Únicamente indica que los datos recabados por dicha vía se utilizarán *“para enviarte informaciones de manera adecuada y excesiva”*, lo que contraviene también lo previsto en el artículo 45.1.b) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Cuarto, en el sitio web <https://www.linkedin.com> se advierte que se prohíbe el uso comercial del mencionado sitio sin autorización expresa.

De este modo, a la luz de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento, cabe concluir que la entidad denunciada ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar un correo electrónico de tipo comercial al denunciante sin contar con la autorización expresa o solicitud previa del mismo para ello, y sin que quepa aplicar la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 de dicha

norma al no haberse producido una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío en cuestión que de existir, en los términos recogidos en dicho precepto, hubiera podido amparar el envío sin mediar dicho consentimiento.

V

El artículo 38.4.d) de la LSSI califica como 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.”*

De lo actuado, ha quedado acreditado que IDBASE vulneró lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LSSI al remitir por medios electrónicos una comunicación comercial no consentida previa y expresamente por su destinatario, por lo que debe considerarse que ha incurrido en la infracción leve descrita en el citado artículo 38.4.d) de la LSSI.

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 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.”

Por su parte el artículo 40 de la LSSI, en relación con la “Graduación de la cuantía de las sanciones”, determina lo siguiente:

La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) La existencia de intencionalidad.*
- b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.*
- c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.*
- d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.*
- e) Los beneficios obtenidos por la infracción.*
- f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.*
- g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”*

En el presente caso, esta Agencia considera que procede apercibir a IDBASE en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis y, por otro lado, 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 beneficios obtenidos por la comisión de la infracción contemplados en los criterios a), e) y d) del artículo 40 de la LSSI..

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00298/2014) a USER IDBASE 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).

2.- REQUERIR a USER IDBASE S.L. de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 39 bis 2 de la Ley 15/1999 para que en el plazo de UN MES desde la

notificación de la presente resolución

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 21 de la LSSI, para lo que se insta a dicha entidad a que cese en el envío de comunicaciones comerciales a la dirección de correo del denunciante que incumplan lo dispuesto en dicho precepto, bien eliminando dicha cuenta de correo del fichero de contactos comerciales o bien adoptando cualquier otra medida necesaria que evite la remisión de publicidad a la referida cuenta de correo electrónico.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando los documentos o medios de prueba que pongan de manifiesto su cumplimiento.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre el expediente de investigación **E/00793/2015**, podría incurrir en una infracción del artículo 37.1.f) de la LOPD, que señala que *“son funciones de la Agencia de Protección de Datos: f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.”*, tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma, que considera como tal, *“No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma”*, pudiendo ser sancionada con multa de **40.001 € a 300.000 €**, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **USER IDBASE S.L.** y a Don **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 este 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