

Procedimiento N°: A/00389/2016

RESOLUCIÓN: R/03202/2016

En el procedimiento A/00389/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **ASOCIACIÓN COLECTIVO ORNITOLOGICO XXXX**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 17 de mayo de 2016 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **A.A.A.**, en adelante el denunciante, cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

1. Recibe correos electrónicos en su cuenta@.... con origen en la dirección@tarifainfo.com.
2. No ha solicitado o autorizado previamente los envíos.
3. Los correos electrónicos que recibe no disponen de un medio para solicitar la baja.
4. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios continúa recibiendo correos electrónicos.
5. El denunciante identifica como responsable de los envíos a **ASOCIACIÓN COLECTIVO ORNITOLOGICO XXXX**.

La denuncia aporta copia de la siguiente documentación:

- a) Correos electrónicos recibidos.
- b) Solicitudes de baja enviadas.

Como respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, con fecha de 8 de julio de 2016 tiene entrada en esta Agencia un correo electrónico del denunciante en el que aporta las cabeceras completas de los correos electrónicos aportados en su anterior escrito.

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

1. El denunciante recibió en su cuenta de correo@.... 5 correos electrónicos procedentes de la cuenta@tarifainfo.com en las fechas 21/4/2016, 22/4/2016, 3/5/2016, 4/5/2016 y 11/5/2016.
2. Los correos electrónicos contienen notas de prensa sobre actividades y proyectos sobre la actividad de la asociación. El correo de fecha 21/4/2016 incluye entre las notas de prensa información sobre un libro que puede adquirirse de forma gratuita

en formato PDF o en versión impresa a través de un portal de internet.

3. El dominio tarifainfo.com está registrado a través de una empresa sueca no estando disponible al público la identidad del titular.
4. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, se recibe un escrito de los representantes de **ASOCIACIÓN COLECTIVO ORNITOLOGICO XXXX** en el que manifiestan en referencia a los hechos denunciados que:
 - 4.1. Manifiestan que la entidad es una asociación de voluntariado sin ánimo de lucro por lo que no pueden remitir comunicación comercial. Los correos electrónicos recibidos por el denunciante son comunicaciones informativas sobre actividades y proyectos asociativos ambientales.
 - 4.2. Respecto al origen del dato de la dirección de correo electrónico del denunciante, ésta se obtuvo a través de un programa radiofónico de Radio Televisión Andalucía sobre naturaleza en el área del Estrecho de Gibraltar denominado Sonidos Del Estrecho, en el que participaban numerosas entidades y naturalistas de la comarca entre ellas el Sr. A.A.A. y la **ASOCIACIÓN COLECTIVO ORNITOLOGICO XXXX**.

Aporta copia de 18 correos electrónicos remitidos por **B.B.B.**, locutor del programa de radio, fechados entre enero y septiembre de AA, dirigidos a una lista de direcciones de correo electrónico, entre las que figura@.... y@tarifainfo.com. Del contenido de los correos se desprende que son relativos a preparativos del contenido del programa radiofónico y fechas de entrega de los mismos. En particular, el correo de fecha 10/9/2014 remitido por **B.B.B.** contiene un reenvío del correo remitido por el denunciante solicitando continuar la colaboración con el programa.
 - 4.3. Con fecha 11 de Mayo de 2016 recibieron un email del denunciante en el que preguntaba el origen de su dirección de correo electrónico y que en cualquier caso solicitaba la baja de los envíos, procediendo inmediatamente, según manifiestan, a llevar a cabo la baja de sus ficheros. Los datos del denunciante fueron eliminado de su libreta de direcciones.

TERCERO: Con fecha 11/10/2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00389/2016. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 11/11/2016 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica:

- ✓ Inexistencia de infracción denunciada. No estamos ante correo comercial. La dirección del destinatario está en internet y existía relación profesional previa.

QUINTO: En fecha de 16/12/2016 por el Instructor del procedimiento se accedió a la dirección de internet www.bubok.es/autores/cocnegra incorporándose la captura de pantalla.

HECHOS PROBADOS

UNO.- El denunciante recibió en su cuenta de correo@.... 5 correos electrónicos procedentes de la cuenta@tarifainfo.com en las fechas 21/4/2016, 22/4/2016, 3/5/2016, 4/5/2016 y 11/5/2016. Los correos electrónicos contienen notas de prensa sobre actividades y proyectos de la actividad de la ASOCIACION COLECTIVO ORNITOLOGICO XXXX. (ACOCN en adelante)

DOS.- El correo de fecha 21/4/2016 incluye entre las notas de prensa información sobre un libro que puede adquirir/se de forma gratuita en formato PDF o en versión impresa a través de un portal de internet en el siguiente enlace: www.bubok.es/autores/cocnegra.

TRES.- ACOCN manifestó que el origen de la dirección de correo del denunciante es la participación en un programa radiofónico, en concreto de la circunstancia de constar su dirección en la lista de destinatarios que remitía el locutor de radio, entre las que se encontraba la de ACOCN y la del propio denunciante.

CUATRO.- Se accedió a la dirección de internet que constaba en el correo recibido por el denunciante, www.bubok.es/autores/cocnegra dónde aparecía el libro publicitado pudiéndose comprar por el precio de 17.43 euros cuyo autor es ACOCN.

CINCO.- El correo electrónico de fecha 21/04/2016 donde se promociona la venta el libro "*Valoración Ambiental sobre la Repotenciación de un Parque eólico: El caso de KW Tarifa*", dispone de una dirección de correo electrónico que el denunciante utilizó para solicitar el cese de los envíos.

SEIS.- COCN en su escrito de 23/09/2016 manifestó que ha eliminado el correo electrónico del denunciante de su libreta de direcciones utilizando, asimismo una programa para que se imposible escribirle más desde "nuestro servidor". "*El Sr. A.A.A. no dispondrá de ningún correo más desde esa fecha*" -11/05/2016-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en el artículo 43.1 párrafo segundo de la LSSI la competencia para resolver el presente Procedimiento de Apercibimiento corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

En el presente caso se imputa a la **ASOCIACIÓN COLECTIVO ORNITOLOGICO XXXX**, la comisión de una infracción del artículo 21.1 y 2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI), que dispone: "*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."

III

Ha resultado probado que el origen de la dirección de correo del denunciante, se encuentra en la circunstancia de que ésta aparecía junto con la de COCN como destinataria de otras comunicaciones de un tercero. Asimismo manifiesta COCN que la dirección de correo del denunciante consta publicada en varias páginas web en internet.

Pues bien, es reiterada jurisprudencia que los requisitos previstos en el art. 21 de la LSSI para la remisión de comunicaciones comerciales son la autorización previa y expresa, o la existencia de una relación comercial previa de servicios similares a los ofrecidos en la citada comunicación.

En este caso no se cumplen dichos requisitos debiendo declarar la comisión de la infracción por parte de COCN.

Pues no se da una relación comercial previa de servicios similares – no consta que el denunciante haya adquirido libro alguno de COCN- y tampoco es relevante la circunstancia de que la dirección de correo del denunciante conste en internet, ya que ni es fuente accesible al público de acuerdo con el art. 3 de la LOPD, ni puede esgrimirse las circunstancias que legitiman el tratamiento de datos personales en el art. 6.2 de la LOPD para dar abrigo a los envíos de comunicaciones comerciales por medios electrónicos que regula la LSSI.

En este sentido el Servicio Jurídico de esta Agencia emitió el Informe 3420/2008, que señala que: (...) *Ambas definiciones tienen una enumeración taxativa respecto a lo que cabe considerar como fuentes accesibles al público, lo que impide que consideremos a las páginas web como fuentes accesibles al público. Por ello, para tratar la información contenida en dichas páginas debería de obtenerse el consentimiento de los afectados.*(...)

Por lo que resulta irrelevante a los efectos de cumplir los requisitos del art. 21 de la LSSI, que las direcciones destinatarias de las comunicaciones comerciales analizadas fueran de personas jurídicas o que estuvieran accesibles en sitios web de la red internet. En este sentido conviene traer a colación la SAN 371/2012 de 23/07/2013: *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.

La recurrente, en otro momento, destacaba el hecho de que la destinataria de su correo de comunicación comercial era una persona jurídica y no otra física. Aunque el argumento alegatorio no termina de ser perfilado, parece que tras él lata la idea de que las personas jurídicas no son destinatarias y protegidas por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Sin embargo procede desestimar el recurso con este fundamento, dado que el artículo 19 de la Ley de Servicios para la Sociedad de la Información remite a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal «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», pero de ellos no se obtiene una permisión generalizada de remisión de comunicaciones comerciales a las personas jurídicas, que contravendría de modo evidente la prohibición contenida en 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.

No comparte la Sala, por otra parte, que el propio vocablo contenido en la dirección de correo electrónico de la empresa destinataria (info(fsites.com) indique su disposición generalizada a la recepción de comunicaciones comerciales sin autorización, pues la “información” a la que allí se alude es la que se produce desde la

empresa titular del correo hacia sus propios clientes, no en dirección inversa.” (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

En definitiva, ni la obtención de la dirección de correo electrónico obedece a los supuestos previstos por la norma – recuérdese que se tiene acceso por la circunstancia de que COCN es destinataria de un correo electrónico de un tercero, junto al denunciante-, ni consta la autorización previa expresa, y efectivamente, estamos ante una comunicación comercial donde se promociona la venta de un libro del remitente. Por lo expuesto procede declarar que COCN ha vulnerado lo dispuesto en el art. 21.1 de la LSSI.

IV

En cuanto al medio de oposición que prevé el apartado 2 del citado art. 21 LSSI, el correo electrónico denunciado incluía una dirección de correo electrónico como cauce de comunicación con la entidad, sin que haya evidencias de que no estuviera operativo para solicitar la oposición o la revocación del consentimiento o autorización para la remisión de comunicaciones comerciales por medios electrónicos, tanto es así, que el denunciante se dirigió a la citada dirección para oponerse a la recepción de los referidos mensajes.

V

La citada infracción se encuentra tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, que califica como tal *“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 estamos ante la comisión de una infracción leve, en la medida en que no pueden considerarse el envío de masivo de comunicaciones comerciales, únicamente tiene tal consideración la comunicación de fecha 21/04/2016 donde se promociona la venta un libro.

VI

A los efectos de acordar la resolución procedente debe tenerse en cuenta lo previsto para la moderación de las sanciones en los artículos 39 bis y 40 de dicha norma, añadido a raíz de la modificación operada en la LSSI, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 39 bis Moderación de sanciones

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.”

Artículo 40. Graduación de la cuantía de las sanciones.

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.”

A la vista de lo previsto en el apartado segundo del artículo 39 bis de la LSSI, y en aplicación del criterio jurisprudencial señalado con anterioridad, esta Agencia considera que en este supuesto procede el presente procedimiento de apercibimiento.

Ello en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del art. 39.2 bis y, por otro lado, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la entidad imputada, teniendo en cuenta la concurrencia significativa de varios de los criterios contemplados en el artículo 40 de dicha norma.

En especial, se entiende que concurre, el supuesto derivado de la consideración de un único envío comercial, a lo que hay que añadir los y de la inexistencia de perjuicios alegados por el denunciante y falta de constancia de que el infractor haya obtenido beneficios con motivo de los hechos imputados.

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 ha puesto de manifiesto en el Hecho Probado Seis, **ya ha suprimido la dirección de correo destinataria y se ha incluido en un programa para evitar futuras incorporaciones a su lista de direcciones.**

En este sentido conviene traer a colación lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Nacional 455/2011 de fecha 29/11/2013 Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica advierte que “no constituye una sanción” y que se trata de “medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción” que sustituyen a la sanción.

La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD una “potestad” diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento ya sea el previsto en la LOPD, ya sea el previsto en la LSSI (como ocurre en el presente caso), como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella y cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando éstas ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) referente a los supuestos en los que el denunciado ha adoptado las medidas correctoras oportunas, de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,
Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO.- ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00389/2016) a ASOCIACIÓN COLECTIVO ORNITOLOGICO XXXX 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 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4 d) de la citada norma.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución a **ASOCIACIÓN COLECTIVO ORNITOLOGICO XXXX** y a **A.A.A.**

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 reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos