

Expediente Nº: E/01882/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **INSTITUTEX, INSTITUCIÓN FIERAL DE EXPANSIÓN INTERNACIONAL**, en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Entre el 19/03/2014 y el 21/05/2014 han tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) varios escritos remitidos por **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en los que expone que **INSTITUTEX, Institución Ferial de Expansión Internacional** (en lo sucesivo la denunciada o INSTITUTEX) le está enviando de forma continuada “spam” y no atiende sus peticiones para que den de baja sus datos.

Aporta a la AEPD junto con sus escritos de denuncia copia de los correos electrónicos (incluidas sus cabeceras) recibidos el 19/03/2014 desde@camara....., el 31/03/2014 desde@camara.....1, el 28/04/2014 desde@camara.....2, el 06/05/2014 y el 05/05/2014 desde@camara.....3, el 07/05/2014 desde@...1, el 21/05/2014 desde@camara..... y el 03/06/2014 desde@camara.....4 .

En los correos electrónicos que se relacionan se publicita por parte de INSTITUTEX la venta de un viaje comercial a Marruecos, detallando los conceptos incluidos y el precio de venta, y en otros casos la venta de un programa para la creación y actualización de páginas web destinado a empresas, profesionales, autónomos, asociaciones y demás entidades.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, por la Subdirección General de Inspección de Datos se efectuaron actuaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<< ANTECEDENTES

*Entre el 19 de marzo y el 8 de mayo de 2014 tienen entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, un total de cuatro denuncias interpuesta por **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta que INSTITUCION FIERAL DE EXPANSIÓN INTERNACIONAL, en adelante INSTITUTEX, le envía decenas de correos electrónicos cada mes a pesar de que leva tiempo solicitando que dejen de hacerlo.*

Las denuncias recibidas adjuntan copia de los correos recibidos y de sus cabeceras completas además de los correos remitidos por el denunciante a INSTITUTEX solicitando la baja.

HECHOS CONSTATADOS

1. *El denunciante recibió en su cuenta de correo@...3 los correos electrónicos cuyas características se listan a continuación.*

Cuenta origen	Cuenta destino	IP origen	Fecha	Hora
.....@camara.....	@...3	***IP.1	19/03/2014	02:38
.....@camara.....4	@...2	***IP.2	31/03/2014	19:12
.....@camara.....2	info@.....	***IP.3	28/04/2014	19:15
.....@camara.....3	@...3	***IP.4	05/05/2014	16:30
.....@camara.....3	info@.....	***IP.3	06/05/2014	17:32
.....@...2	@...2		07/05/2014	22:04

Los correos electrónicos contenían información comercial referente a servicios y productos de INSTITEX.

Los correos electrónicos incluyen en el pie de los mismo información sobre el cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios en forma de URL camaracomercio.org/baja y se indica que ésta será efectiva en un plazo de 7 días.

En la última línea del correo se indica que la “Comunicación está generada y distribuida por ExternalPress.”

El denunciante no ha proporcionado las cabeceras del correo recibido el 7 de mayo de 2014.

2. En relación con las solicitudes de baja realizadas por el denunciante, éste aporta copia de los correos electrónicos remitidos, en los que solicita el borrado de todas las direcciones del dominio consulintel.es.
 - 2.1. Correo remitido el 11 de marzo de 2013 desde la cuenta “webmaster” a las direcciones bonificaciones...@....., info@.....1, info@.....2, info@.....3, info@.....4 e info@.....5 en respuesta a un correo comercial recibido el 9 de marzo de 2013
 - 2.2. Correo remitido el 19 de marzo de 2013 desde la cuenta “webmaster” a las direcciones bonificaciones...@..... e info@.....2 en respuesta a un correo comercial recibido el 12 de marzo de 2013.
 - 2.3. Correo remitido el 28 de mayo de 2013 desde la cuenta “webmaster” a las direccionesinfo@....., info@.....2 e info@.....3 en respuesta a un correo comercial recibido el día anterior.
 - 2.4. Correo remitido el 26 de enero de 2014 desde la cuenta “webmaster” a las direcciones@camara.....6, info@.....6 y info@.....2 en respuesta a un correo comercial recibido ese mismo día.
3. La dirección de correo electrónico@...3 consta inscrita en la Lista Robinson desde el 1 de julio de 2009 y la dirección info@..... desde el 9 de abril de 2014.
4. En el sitio web www.institex.com al que se refieren en la firma de los correos recibidos, se indica que la entidad responsable del mismo es INSTITEX.
5. El dominio **camaracomercio.org** está registrado a nombre de WORLD UNITED CHAMBERS OF COMMERCE, con sede en Delhi, India.

El domicilio (Eros Corporation Towes, level 15th Nueva Delhi, India 110 019) y el teléfono (+***TEL.1) que consta en el registro del dominio remitente de los correos,

que también es el que consta en su página web www.wchambers.org es idéntico que el de la sede Internacional de la India de INSTITEX.

- 6. Consultado la versión web el registro de sociedades de la India no ha sido posible hallar datos asociados a WORLD UNITED CHAMBERS OF COMMERCE pero si a una sociedad denominada INSTITEX INTERNATIONAL TRADING PRIVATE LIMITED, cuya dirección coincide con la de INSTITEX en la India.*
- 7. Las direcciones IP de origen están asociadas a proveedores de acceso a Internet de la India y Marruecos.*
- 8. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, los representantes de INSTITEX remitieron un escrito y un correo electrónico en los que manifestaron, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:*
 - 8.1. Únicamente remiten correos a sus afiliados y a quienes han contratado sus servicios.*
 - 8.2. Es el propio denunciante quien hace los envíos suplantando a INSTITEX, como se desprende de la cuenta origen del correo electrónico de 7 de mayo de 2014.*
 - 8.3. El resto de los correos electrónicos, remitidos desde cuentas del dominio camaradecomercio.org, no han sido remitidos por su entidad.*

El correo electrónico tiene como dirección IP de origen una de las asociadas a un proveedor de servicios con sede en Marruecos.
- 9. En las actuaciones de investigación enmarcadas en el expediente E/03818/2011 se investigó el envío de correos electrónicos no solicitados con contenidos similares (se publicitaban las actividades de INSTITEX y la CAMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA EUROPEA-INDIA) y con origen en direcciones IP de Marruecos.*

En el marco de dicho expediente se realizó una visita de inspección a la sede de INSTITEX que resultó ser un centro de negocios en el cual INSTITEX tenía su sede social y con el que tenía contratado un servicio de reenvío del correo.

Mediante un escrito posterior los representantes de INSTITEX manifestaron que:

 - La entidad no dispone de personal técnico propio en España sino que éste se encuentra en la India, a través de una entidad de derecho externo de derecho Indio sujeta a la normativa de ese país.*
 - Nunca han remitido correos electrónicos denunciados.*
 - El dominio remitente no es propiedad de INSTITEX.*
 - Desconocen que es el fichero Listas Robinson*
- 10. Al no disponer de la cabecera del correo electrónico aportado por el denunciante y que fue recibido por éste el 7 de mayo de 2014, no puede acreditarse la identidad del remitente.>>*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección

de Datos conforme a lo establecido en el artículo 43.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI) que atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la competencia para sancionar por la comisión de infracciones leves y graves de los artículos 38.4.d) y 38.3.c) de la LSSI respectivamente.

II

Actualmente se denomina “spam” a todo tipo de comunicación no solicitada realizada por vía electrónica y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. 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.

El envío de publicidad a través de medios electrónicos exige que haya sido previamente autorizado o consentido. Así lo dispone el artículo 21 de la LSSI que obliga también al prestador del servicio a ofrecer al destinatario los mecanismos para oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, exigiendo, si la comunicación comercial se efectúa por correo electrónico, que se ofrezca la posibilidad de oponerse a estos envíos a través de una dirección electrónica válida.

El artículo 21 de la LSSI, según la reforma operada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, 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”.

A su vez, el apartado f) del Anexo de la LSSI, “Definiciones”, considera “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”.

Por tanto, el envío de comunicaciones comerciales que no reúnan alguno de los requisitos del artículo 21 de la LSSI -que hayan sido expresamente autorizadas, salvo que los datos de contacto del destinatario de la comunicación se hubieran obtenido por el prestador del servicio de forma lícita con ocasión de una relación contractual y los empleara para comunicaciones promocionales de productos de su propia empresa similares a los que fueron objeto de contratación inicial y que ofrezcan al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento en cada comunicación que le dirijan- podría ser constitutivo de una infracción grave o leve, tipificadas, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la Ley 34/2002.

El artículo 38.3.c, de la LSSI, en su redacción actual, considera infracción grave *“El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”.*

El artículo 38.4.d, 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”*

III

En el presente caso los correos electrónicos recibidos por el denunciante eran *comunicaciones comerciales*, en el sentido que atribuye a esta expresión el apartado f) del Anexo de la LSSI anteriormente transcrito.

Además, todas las comunicaciones publicitarias que el denunciante recibió y sobre las que versa su denuncia incluyen información acerca de cómo solicitar la baja. En los mensajes se incluye la siguiente indicación: *“Si desea darse de baja de estas comunicaciones, le rogamos acceder a camaracomercio.org/baja”*

Por tanto, los correos electrónicos objeto de la presente denuncia se adecuaron a las exigencias del artículo 21.2 de la LSSI que obliga al prestador del servicio a ofrecer al destinatario en todas las comunicaciones que envíe la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales a través de un medio sencillo y gratuito que necesariamente consistirá, cuando la comunicación se realice a través del correo electrónico –como sucede en el asunto que nos ocupa- en *“la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho”.*

De modo que la valoración que compete efectuar a la AEPD para determinar si los hechos denunciados vulneran o no las disposiciones de la LSSI debe centrarse, exclusivamente, en si la entidad denunciada contaba con el consentimiento del afectado para el envío de los correos electrónicos promocionales.

A petición de la Inspección de Datos la Asociación Española de Economía Digital (ADIGITAL) informó que figura incluida en el Servicio Lista Robinson a nombre del denunciante, a fin de no recibir correos electrónicos de terceros conforme a lo dispuesto en el Reglamento del citado Servicio, la dirección de correo electrónico@...3 desde el **01/07/2009**.

De los correos electrónicos que constituyen el objeto de la presente denuncia se comprueba que los de fecha 19/03/2014 y 05/05/2014 se enviaron a la dirección@...3 que estaba incluida en el Servicio Lista Robinson desde el año 2009, antes de la fecha en la que los mails citados se enviaron al denunciante.

A este respecto debe señalarse que el artículo 49 del Real Decreto 1720/2007, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD (RLOPD) prevé la creación de ficheros comunes de exclusión publicitaria de carácter general o sectorial en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales. El artículo 49 establece lo siguiente:

“1. Será posible la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, en los que sean objeto de tratamiento los datos de carácter personal que resulten necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad.

A tal efecto, los citados ficheros podrán contener los mínimos datos imprescindibles para identificar al afectado”.

(..)

4. Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento”

De conformidad con el artículo 49.4 las empresas que realicen campañas publicitarias están obligadas a acceder a este tipo de ficheros –en la actualidad el único fichero existente es el creado por ADIGITAL, denominado Servicio Lista Robinson- para no remitir publicidad a las personas que se han inscrito en él. Resulta pues que los datos del denunciante relativos a su dirección electrónica@...3 no podía ser objeto de tratamiento con fines publicitarios en las fechas en las que los correos electrónicos se enviaron, marzo y mayo de 2014, ya que más de cuatro años atrás estos datos habían sido incluidos en un fichero de exclusión publicitaria.

Sin perjuicio de lo anterior, se concluye que, en todo caso, la **entidad responsable de los envíos publicitarios** a las direcciones electrónicas del dominio consulintel carecía del consentimiento del destinatario para su remisión.

En relación al alegato del denunciante según el cual INSTITEX no atendió su oposición al envío de comunicaciones publicitarias, derecho que dice haber ejercido a través del correo electrónico y de llamadas telefónicas, hay que advertir que no existen pruebas ni indicios razonables que acrediten que sus solicitudes de baja fueron

recibidas por INSTITEX.

En este sentido hay que señalar que el Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007 (RLOPD), al regular los derechos ARCO determina que cuando el interesado no use el procedimiento establecido específicamente para el ejercicio de un derecho ARCO deberá utilizar un medio que permita acreditar el envío y la recepción de la solicitud (ex artículo 24.5). Y paralelamente se comprueba por la documentación que el denunciante nos ha facilitado que los correos electrónicos que dice haber enviado desde la cuenta webmaster solicitando el borrado de todas las direcciones del dominio consulintel iban dirigidos a diferentes direcciones electrónicas (por ejemplo bonificaciones...@....., info@.....2 , entre otras) ninguna de las cuales coincide con la dirección ofrecida por la denunciada en cada una de sus comunicaciones para oponerse al tratamiento de los datos con fines promocionales: camaracomercio.org/baja.

En definitiva, concluimos que existió una conducta que vulnera el artículo 21.1 de la LSSI materializada en las comunicaciones comerciales precitadas.

Respecto al sujeto responsable de esta conducta debe indicarse que la LSSI en su artículo 37 considera que son responsables de las infracciones tipificadas en ella *“Los prestadores de servicios de la sociedad de la información”* que, dice, *“están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente Ley les sea de aplicación”*.

A su vez, el apartado c) del Anexo de la Ley 34/2002 define al *“Prestador de servicios o prestador”* como la *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*.

En el presente caso, aunque la denuncia se dirige contra INSTITEX, de las investigaciones efectuadas por la inspección resulta que no es ella quien tiene la condición de *“prestador de servicios”* en el sentido del artículo 37 de la LSSI, pues quien proporciona el servicio de la sociedad de la información es el *“remitente”* de tales envíos, condición que no concurre en INSTITEX que tan solo es el *“anunciante”*.

Los representantes de INSTITEX informaron al Servicio de Inspección de la AEPD que las comunicaciones comerciales enviadas desde camaradecomercio.org no fueron remitidas por esa entidad y que ellos únicamente envían correos publicitarios a sus afiliados y a quienes han contratado sus servicios.

A fin de determinar la identidad del sujeto responsable de la conducta anteriormente descrita, esto es, la identidad del remitente de las comunicaciones comerciales, se investigó tanto el dominio camaracomercio.org, comprobándose que está registrado a nombre de World United Chambers of Commerce cuya sede está en India, como las direcciones IP de origen de los mails enviados al denunciante, comprobándose que están asociadas a proveedores de internet de India y Marruecos.

Pese a las investigaciones realizadas **no se tiene constancia de la identidad de la entidad que realizó los envíos publicitarios sobre los que versa la denuncia**. Así las cosas debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, teniendo plena virtualidad el principio de presunción de inocencia, que debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque el ejercicio del *ius puniendi*, en sus diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento

contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

En tal sentido el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990, ha considerado que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*.

De acuerdo con este planteamiento el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

Como ha precisado el Tribunal Supremo en STS de 26 de octubre de 1998 la vigencia del principio de presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”*

Por su parte el Tribunal Constitucional en STC 24/1997 ha manifestado que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras).”*

A la luz de las consideraciones precedentes, habida cuenta de que las investigaciones llevadas a cabo no han permitido obtener información sobre quién tiene la condición de *“prestador del servicio”* en relación con los hechos denunciados, al amparo del principio de presunción de inocencia, que impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo que acredite los hechos que motivan la imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor, se debe acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **INSTITEX, INSTITUCIÓN FERIA DE EXPANSIÓN INTERNACIONAL (INSTITEX)** 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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos