

Expediente Nº: E/04873/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA, S.L., e INSTITUCIÓN EUROAMERICANA DE FORMACIÓN, E.I.R.L., en virtud de dos denuncias presentadas por D. **A.A.A.** en representación, respectivamente, de la Asociación Andaluza de Comercio Electrónico y de la Asociación de Abogados Especialistas en Nuevas Tecnologías de Andalucía y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 18/07/2013 tuvieron entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) dos escritos remitidos por D. **A.A.A.** en representación de las Asociaciones “Andaluza de Comercio Electrónico” y “Abogados Especialistas en Nuevas Tecnologías de Andalucía” (en lo sucesivo las denunciante), en los que manifiesta que se han recibido en las direcciones electrónicas@protecciondedatosandalucia..... e@formacionjuridica.... varias comunicaciones comerciales –cuyas fechas y horas detalla-, que no habían sido solicitadas o autorizadas y sin que exista una relación contractual previa que justifique los envíos, considerando “presuntas responsables” de las comunicaciones recibidas a INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESAS, S.L. y a la UNIVERSIDAD DE ALCALÁ ([HTTP://WWW.UAH.ES/](http://WWW.UAH.ES/))

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos reflejados en el informe de Actuaciones Previas de Inspección que seguidamente se reproduce:

<< ANTECEDENTES

*Con fecha de 18 de julio de 2013 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:*

- 1. Ha recibido en su cuenta de correo@formacionjuridica.... siete correos comerciales no solicitados de la entidad INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA, S.L. en las fechas 18/07/2013, 15/07/2013, 08/07/2013, 03/07/2013, 01/07/2013, 03/06/2013 y 03/05/2013.*
- 2. Ha recibido en su cuenta de correo@protecciondedatosandalucia..... cinco correos comerciales no solicitados de la entidad INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA, S.L., en las fechas 01/03/2012, 23/02/2012, 16/02/2012, 09/02/2012, 02/02/2012 y 26/01/2012.*

El denunciante aporta copia de los correos que manifiesta haber recibido, así como de

las cabeceras de internet.

HECHOS CONSTATADOS

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

fecha	servidor de correo	dirección de origen	ip
18/07/2013	1.com	...@escuelaypostgrado....	***IP.1
15/07/2013	2.com	...@comunicandoonline....	***IP.2
08/07/2013	2.com	...@comunicandoonline....	***IP.2
03/07/2013	1.com	...@escuelaypostgrado....	***IP.1
01/07/2013	2.com	...@comunicandoonline....	***IP.2
03/06/2013	2.com	...@comunicandoonline....	***IP.2
03/05/2013	3.com	@revalorizate.com	***IP.3

2. El denunciante recibió en su cuenta de correo@protecciondedatosandalucia.... los correos electrónicos cuyas características se listan a continuación:

fecha	servidor	from	replay	ip
01/03/2012	...1.net	noreplay@...1.net	formacion@....1	***IP.4
23/02/2012	...2.net	noresponder@...2.net	formacion@....1	***IP.5
16/02/2012	...1.net	noreplay@...1.net	formacion@....1	***IP.4
09/02/2012	...2.net	noresponder@...2.net	formacion@....1	***IP.5
02/02/2012	...1.net	noreplay@...1.net	formacion@....1	***IP.4
26/01/2012	...2.net	noresponder@...2.net	formacion@....1	***IP.5

Los correos electrónicos contenían información comercial referente a cursos de formación.

Los correos electrónicos informan de que los datos han sido obtenidos de fuentes de acceso público y sobre cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios de dos formas, pinchando en el enlace o enviando un correo a la dirección@comunicandoonline.....

3. Las direcciones IP originarias de los envíos son titularidad de INSTITUCIÓN EUROAMERICANA DE FORMACIÓN E.I.R.L., empresa ubicada en Chile, con excepción de las IPs ***IP.4 y ***IP.5 que son titularidad de una empresa americana ubicada en Orlando.
4. El dominio escuelaypostgrado.com está registrado a nombre de una persona física domiciliada en Santiago de Chile.
5. Los dominios formacionbusiness.com, ...2.net y ...1.net están registrados a nombre de personas físicas domiciliadas en Buenos Aires.

6. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, los representantes de INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA S.L. remitieron un escrito en el que manifestaron, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que no han realizado ningún envío a las direcciones de correo@formacionjuridica.... y@protecciondedatosandalucia.....
7. El día 25 de noviembre de 2013 se realizó una visita de inspección en la sede de INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA S.L. poniéndose de manifiesto los siguientes hechos recogidos en el Acta de Inspección:
 - 7.1. La actividad de la sociedad es la formación en general. INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA S.L. ha suscrito un convenio de formación con la Universidad de Alcalá de Henares, en base al cual, los cursos de formación diseñados y gestionados por ellos son homologados por la Universidad como título propio.
 - 7.2. En relación de con los correos electrónicos en cuestión, la representante de manifiesta que se corresponde con cursos de formación organizados por INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA S.L., pero, como ya manifestaron en su escrito de fecha 25 de septiembre de 2013 no han sido enviados a las direcciones de correo@formacionjuridica.... e ...@protecciondedatosenandalucia...., ya que las campañas que se realizan van dirigidas exclusivamente a clientes (alumnos) de IOE.
 - 7.3. INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA S.L. realiza campañas publicitarias vía correo electrónico dirigidas a sus propios clientes y alumnos ofertando nuevos cursos que pudieran ser de su interés. IOE diseña el contenido de los correos publicitarios y se distribuyen a los asesores de formación (aproximadamente 10 asesores de plantilla), y son estos los que se encargan de enviarlos a los clientes que pudieran estar interesados. Los datos relativos a las direcciones de correo electrónico de los destinatarios son obtenidos en todo caso del fichero de clientes de IOE.
 - 7.4. LA representante de la empresa manifiesta que los correos publicitarios enviados por INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA S.L. a sus clientes son enviados desde el dominio grupoioe.es y desde la dirección de correo del asesor que lo envía, pero con el dominio grupoioe.es en todo caso. Se adjunta como documento número 2 un correo electrónico remitido a uno de los clientes.
 - 7.5. No encuentran ninguna explicación posible del motivo por el que han sido enviados los correos mostrados desde esas direcciones y esos dominios que constan en las cabeceras, desconociendo la autoría de los envíos.
 - 7.6. Manifiesta que no tienen ninguna relación con INTITUCIÓN EUROAMERICANA DE FORMACIÓN, E.I.R.L.
8. Según consta en la página web <http://www.grupoioe.es/> INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA S.L. forma parte del GRUPO IOE que cuenta con 5 empresas españolas y latino americanas dedicadas a la formación de directivos y otras personas.

Según consta en el Registro Mercantil es administrador único de **INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA S.L.** D. Arsenio Sánchez Gómez, del cual se ha

encontrado a través del buscador GOOGLE que está relacionado con la empresa INTITUCIÓN EUROAMERICANA DE FORMACIÓN, E.I.R.L. y de ésta con el grupo IOE INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA S.L. en contra de los manifestado por la representante de ésta última durante la inspección realizada en la sede de dicha empresa.

9. En el escrito de respuesta de CABLEEUROPA SAU al requerimiento de información realizado en el marco de las actuaciones de inspección de referencia E/4155/2013, de fecha de entrada en esta Agencia el 4/4/2014, dicho operador informa de que la empresa INTITUCIÓN EUROAMERICANA DE FORMACIÓN, E.I.R.L. es cliente desde el 2/7/2012 con domicilio en (C/.....1) MURCIA.
10. El día 28 de abril de 2014 se realizó una visita de inspección en (C/.....1) de Murcia, comprobando que junto a la puerta de entrada de la vivienda figuran dos placas informativas, una de ellas corresponde a la empresa Asistencia Técnica y Colaboraciones, S.L (ASTECO) y la otra a **B.B.B.**, Abogado.

Los Inspectores han sido recibidos por un empleado de la empresa ASTECO, a quien se ha informado que la visita de los inspectores tiene por objeto realizar una inspección en la empresa INSTITUCIÓN EUROAMERICANA DE FORMACIÓN E.I.R.L., el cual ha manifestado lo siguiente:

No tiene constancia de que la empresa INSTITUCIÓN EUROAMERICANA DE FORMACIÓN E.I.R.L. tenga sede en este mismo domicilio y nunca ha oído hablar de ella.

La empresa ASTECO tiene como actividad la decoración de jardines. ASTECO tiene contratados los servicios de acceso a internet con CABLEMURCIA. En el despacho de abogados con el que comparte las instalaciones habitualmente ejerce el abogado **B.B.B.**, pero dada su actividad no tiene un horario fijo de permanencia en el despacho. Este despacho dispone de su propia red de acceso a internet.

11. En el escrito de respuesta al requerimiento de la Inspección de Datos con fecha de entrada 12/5/2014 D. **B.B.B.** manifiesta lo siguiente:

“1.- No tengo ningún tipo de relación con la empresa chilena a la que se refieren en su escrito. En el piso donde tengo ubicado mi despacho profesional existen a su vez varios despachos, no teniendo entre nosotros ningún tipo de vínculo profesional. Soy ajeno totalmente al devenir profesional de la empresa de ingeniería o del despacho de interiorismo, pongo por caso. Todos somos autónomos e independientes a nivel profesional. Compartimos la misma dirección ((C/.....1) Murcia), es lo único que tenemos en común.

2.- He llamado a ONO para pedirles una copia del contrato y me han dicho que los contratos profesionales no los facilitan, que se remiten a las condiciones generales. No obstante, me han facilitado el fax del departamento jurídico de ONO en Murcia, donde se puede recabar la información que estimen pertinente:
***TEL.1.

De todas formas, me han dicho que si tuviera una IP fija, ello vendría reflejado en

mi factura. Os adjunto mi última factura, donde figuran todos mis datos -incluido número de cliente de ONO-, mis servicios contratados, donde podéis ver que no tengo IP fija, sino móvil, por eso no se refleja en la factura. Podréis comprobar que es la factura de un modesto letrado por cuenta propia.

3.- Las direcciones de correo que me habéis facilitado no las he visto ni usado en mi vida, y nada tienen que ver con el desarrollo de mi profesión, así que no puedo daros información de ningún tipo.”>>

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 43.1 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 en todo caso la posibilidad de oponerse a estos envíos a través de una dirección electrónica válida.

El artículo 21 de la LSSI, según redacción introducida por la Ley 9/2014 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”

III

En el presente caso es necesario hacer, con carácter previo, las siguientes consideraciones.

Las denuncias que nos ocupan se dirigieron contra INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA, S.L. (IOE) y la Universidad de Alcalá. Ahora bien, la Inspección efectuada por la AEPD ha puesto de manifiesto que IOE tiene suscrito un convenio con la Universidad de Alcalá en virtud del cual los cursos de formación diseñados y gestionados por ellos son homologados por la Universidad como título propio.

A lo anterior se añade que –según se ha constado por la Inspección de la AEPD- los correos electrónicos que las denunciantes recibieron se corresponden con cursos que imparte IOE. Asimismo, se constató que ninguno de los mails recibidos por las denunciantes se envió desde la dirección IP de IOE sino de la empresa INSTITUCIÓN EUROAMERICANA DE FORMACIÓN, E.I.R.L. (I.E.F), a excepción de dos de las direcciones IP que son titularidad de una empresa americana domiciliada en Orlando.

Se ha comprobado también que IEF tiene cierta relación con el grupo IOE. Además, IEF es cliente de ONO desde el 27/02/2012, sin que haya podido ser localizada ninguna persona en el domicilio de Murcia que consta en el contrato suscrito con ONO.

Por otra parte, tal y como informa el representante legal de las denunciantes –y aporta documentos que así lo acreditan- éstas recibieron los siguientes correos de contenido comercial no solicitados.

a) En la cuenta@formacionjuridica.... (perteneciente a la Asociación de Abogados Especialistas en Nuevas Tecnologías de Andalucía) siete correos de fechas 18/07/2013, 15/07/2013, 08/07/2013, 03/07/2013, 01/07/2013, 03/06/2013 y 03/05/2013.

b) En la cuenta@protecciondedatosandalucia..... (que pertenece a la Asociación Andaluza de Comercio Electrónico) cinco mails de fechas 01/03/2012, 23/02/2012, 16/02/2012, 09/02/2012 y 26/01/2012.

El representante de las denunciantes manifiesta que sus representadas no han sido clientes de la empresa remitente de los correos, ni le han autorizado o solicitado esas comunicaciones ni ha facilitado sus datos, condiciones que a tenor del artículo 21 de la LSSI deberían concurrir para que el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos fuera ajustado a Derecho.

IV

Al tiempo de acontecer los hechos sobre los que versa la denuncia la vulneración del artículo 21 de la LSSI constituía una infracción grave del artículo 38.3.c). precepto que disponía:

“Son infracciones graves:(..) c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21” (El subrayado es de la AEPD)

La reforma operada en la LSSI por la **Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones**, a través de su Disposición Final Segunda, **da una nueva redacción al artículo 38.**

En su actual redacción, el artículo **38.3.c)** de la LSSI tipifica como 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 subrayado es de la AEPD)

El artículo **38.4**, considera infracciones **leves**, **“d) 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”** (El subrayado es de la AEPD)

La Disposición derogatoria única de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones (L.G.T.) indica que, sin perjuicio de las disposiciones transitorias de la Ley, quedan derogadas cuantas otras normas de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en ella.

Llegados a este punto es preciso advertir que la Constitución Española, en su artículo 9.3., *“(...) garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*. (El subrayado es de la AEPD)

En consonancia con la norma constitucional, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en lo sucesivo RJPAC) –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 17) recoge *“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”*- acoge el principio de **aplicación retroactiva de la norma más favorable**, estableciendo en el artículo 128.2 que *“las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*.

Por esta razón, en virtud del principio de retroactividad *in bonam partem* o retroactividad de la disposición sancionadora más favorable, **debemos optar por**

aplicar el artículo 38 de la LSSI en su redacción actual, prescindiendo de la disposición que estaba vigente cuando acontecieron los hechos denunciados, toda vez que **la nueva redacción es más beneficiosa** para las presuntas responsables de las comunicaciones comerciales que se denuncian **que la normas de la Ley 34/2002 que estaban vigentes cuando las Asociaciones denunciantes recibieron las comunicaciones comerciales que constituyen el objeto de su denuncia.**

Así pues, tomando en consideración la información y documentos que obran en poder de la AEPD, se concluye que la conducta denunciada podría ser constitutiva de una infracción leve de la LSSI (en su actual redacción) tipificada en el artículo 38.4.d).

Esto, porque a tenor de las circunstancias que concurren, los hechos que se denuncian no podrían subsumirse en el tipo sancionador del artículo 38.3.c) -infracción grave- dado que ni estamos ante un envío masivo de comunicaciones comerciales (pues las destinatarias de los envíos son sólo “dos” personas jurídicas) ni es acorde con el espíritu de la norma calificar de envío “*insistente o sistemático*” (que es como se define en el artículo 38.3.c. de la LSSI la conducta típica constitutiva de una infracción grave) el hecho de que se hayan recibido en la dirección electrónica@formacionjuridica.... **siete correos electrónicos en un periodo de tiempo de un mes ni en la dirección@protecciondedatosandalucia..... cinco correos en un periodo de tiempo de dos meses.**

Dicho esto, hay que advertir que el artículo 45 de la LSSI establece para las infracciones leves un plazo de prescripción de seis meses.

Por tanto, incluso en la hipótesis de que los hechos denunciados entrañaran una infracción leve de la LSSI, tipificada en el artículo 38.3.d), por llegar a confirmarse que -como el representante legal de las denunciadas sostiene- éstas ni eran clientes de la remitente de los correos ni le habían facilitado sus datos, **habría que concluir que la presuntas infracciones estarían prescritas y, consiguientemente, extinguida la responsabilidad sancionadora que en su caso pudiera exigirse**

En este sentido, el último de los mails que la *Asociación de Abogados Especialistas en Nuevas Tecnologías de Andalucía* recibió en su dirección ...@formacionjuridica... es de fecha 18/07/2013 y siendo el plazo de **prescripción** de la infracción de **seis meses, el plazo se cumplió el 18/01/2014.**

A idéntica conclusión se llega respecto a las comunicaciones comerciales recibidas por la *Asociación Andaluza de Comercio Electrónico* en su dirección,@protecciondedatosandalucia....., pues el último de los mensajes que se recibió en esta Asociación es de 01/03/2012, **por lo que la presunta infracción prescribió el 01/09/2012**, diez meses antes de que se presentara la denuncia en el Registro de la AEPD.

A la vista de las consideraciones precedentes y de la documentación que obra en poder de esta Agencia, no se aprecia en los hechos denunciados vulneración de la normativa de protección de datos, debiendo acordar el archivo de las presentes actuaciones.

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 **INICIATIVAS ORGANIZATIVAS DE EMPRESA, S.L., INSTITUCIÓN EUROAMERICANA DE FORMACIÓN, E.I.R.L.,** 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