

Expediente Nº: E/07405/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **IBERIA LAE SA** y **SOCIEDAD CONJUNTA PARA LA EMISIÓN Y GESTIÓN DE MEDIOS DE PAGO E.F.C., S.A. (IBERIA CARDS)** en virtud de denuncia presentada por D^a **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 28 de octubre de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D^a **A.A.A.** (en adelante la denunciante) en el que declara lo siguiente:

<<Según cláusula VI de contrato tarjeta Iberia contratada a través de banco Santander y ya cancelada, solicito cancelación de datos a IBERIA CARDS, SOCIEDAD CONJUNTA PARA LA EMISIÓN Y GESTIÓN DE MEDIOS DE PAGO, EFC, SA, titular del fichero. Me responden que proceden a su cancelación pero no cancelan los que han sido cedidos a IBERIA LAE por el programa de fidelización IBERIA PLUS. Además, transcurrido más de un mes, sigo recibiendo correos electrónicos tanto de IBERIA PLUS como de IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA tras solicitud de baja.>>

Aporta copia de la siguiente documentación:

- Solicitud de cancelación a IBERIA CARDS de fecha 27/8/2013.
- Copia del contrato de la tarjeta de crédito mencionada.
- Copia de un correo electrónico de fecha 22/10/2013 recibido de IBERIA LAE
- Escrito de fecha 9/9/2013 por el que IBERIA CARDS por el que remite al denunciante a ejercer sus derechos de cancelación a IBERIA LAE.

Aunque la denunciante dice estar recibiendo correos electrónicos de IBERIA CARDS, no aporta prueba alguna de ello.

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:

1. Del correo electrónico aportado por la denunciante se desprende:
 - a. El correo electrónico fue emitido en fecha 22 de octubre de 2013 desde la cuenta iberia@.... con destino a@telefonica.net.

b. En el pie del correo aparece:

<<Esta dirección de correo está destinada al envío de la información y no está habilitada para la recepción de mensajes. Este correo ha sido enviado por IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, SOCIEDAD ANÓNIMA OPERADORA SOCIEDAD UNIPERSONAL con CIF *****. Si en un futuro no desea recibir más promociones personalizadas, envíe un mensaje desde la cuenta receptora de esta comunicación a la de dirección de correo@iberia.es o acceda a su Área Personal, Mi Perfil, Suscripciones para actualizar la información correspondiente>>

La denunciante no ha presentado acreditación alguna de haber ejercido el derecho de oposición a la recepción de comunicaciones comerciales ante IBERIA LAE.

2. Solicitada información a IBERIA CARDS, la entidad manifiesta:

<<... Iberia Cards no tramita el borrado de datos en Iberia L.AE, SA. Operadora, toda vez que dicho borrado implica la pérdida de todos aquellos derechos adquiridos como miembro del programa Iberia Plus, a saber, Avios obtenidos, Puntos Elite Obtenidos, categoría dentro de Iberia Plus. Es por ello por lo que se le informa al cliente de que si su intención es darse de baja igualmente en el programa Iberia Plus y perder su condición de miembro del mismo, debe ser él el que gestione dicha baja. Entendemos que lo contrario sería equivalente a quitarle dinero al cliente en forma de Avios y/o puntos Elite, dándole de baja de manera unilateral de un Programa, cuyas condiciones generales aceptó en su momento en la forma que en cada caso tenga establecida Iberia LAE, S.A., Operadora.

*Quinto.- En conclusión, Iberia Cards en el caso de Dña. **A.A.A.** no gestionó el borrado de datos en Iberia LAE, S.A. Operadora ante las consecuencias que dicho borrado tienen para el cliente, debiendo ser ésta, tal y como se le informó, quien gestione dicha baja en la forma que tenga establecida en las condiciones generales del Programa de Fidelización, y una vez valorada la eventual pérdida de derechos adquiridos que pudiese suponer, decisión ésta que entendemos no corresponde a Iberia Cards.>>*

3. Solicitada información a IBERIA LAE, la entidad manifiesta:

a. En los sistemas de la entidad consta que el correo electrónico@telefonica.net, pertenece a la usuaria **A.A.A.**, con número de Frequent Flyer *********, NIF *****NIF.1**. Consta igualmente que la denunciante ha otorgado a Iberia el consentimiento a la recepción por correo electrónico de las comunicaciones siguientes :

- Boletines Iberia
- Información y promociones acordes con sus preferencias

Aporta la entidad impresiones de pantalla acreditativas.

- b. Respecto a las posibles solicitudes de oposición por parte de la afectada, manifiesta la entidad:

<<No consta ninguna comunicación desde la dirección@telefonica.net a nuestro correo "Baja Comunicaciones Comerciales Iberia" <.....@iberia.es>" revocando el consentimiento al envío de comunicaciones comerciales, ni tampoco se ha recibido ninguna consulta de la usuaria en la dirección "Atención Datos Personales" <Atencion_datospersonales@iberia.es>>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del 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).

II

Actualmente se denomina "spam" a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por "spam" cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada entre el público en general es el correo electrónico.

Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española, tanto por la LSSI (a consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio) como por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones, han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

La LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa "el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas". Es decir, se desautorizan las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes y servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, si bien esta prohibición encuentra la excepción en el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío cuando "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 fueron objeto de contratación". De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del art. 21,2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

Como ya se ha señalado en cuanto a la posible obtención ilícita de los datos del destinatario, la práctica del "*spam*" además de suponer una infracción a la LSSI, puede significar una vulneración de la legislación sobre protección de datos, ya que hay que tener en cuenta que la dirección de correo electrónico puede ser considerada como dato de carácter personal.

La Directiva sobre Privacidad en las Telecomunicaciones, de 12/07/02, (Directiva 2002/58/CE) transpuesta en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que modifica varios artículos de la LSSI, introdujo en el conjunto de la Unión Europea el principio de "*opt in*", es decir, la necesidad de contar con el consentimiento previo del destinatario para el envío de correo electrónico con fines comerciales. De este modo, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

Por lo tanto, atendiendo al enunciado del art. 21.1 de la LSSI, resulta esencial delimitar el sentido aplicado por la citada normativa a la exigencia de consentimiento, previo y expresamente manifestado por el destinatario del mensaje, para que pueda admitirse el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico.

La repetida LSSI, que tiene por objeto, entre otras materias, la regulación del envío de las comunicaciones comerciales por vía electrónica, establece expresamente en su artículo 1.2 que las disposiciones contenidas en la misma se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en las normas que tengan como finalidad la protección de datos personales.

Al referirse en el Título III de la LSSI a las "*comunicaciones comerciales por vía electrónica*", el artículo 19 de la LSSI declara igualmente aplicable la LOPD 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*". Esta rotunda previsión legal permite afirmar que, además de lo establecido en la LSSI, serán exigibles en el tratamiento de datos personales para la realización de comunicaciones comerciales por medios electrónicos el conjunto de principios, garantías y derechos contemplados en la normativa de protección de datos de carácter personal.

Por tanto, en relación al concepto de 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, el artículo 3.h) de la LOPD que establece:

“Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

Por tanto, de acuerdo con dicha definición, el consentimiento, además de previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser plena y exacta acerca del tipo de tratamiento y su finalidad, 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, 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”.

Por su parte el Anexo a) de la citada LSSI reconoce como Servicios de la Sociedad de la Información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los envíos de comunicaciones comerciales.

De acuerdo con lo señalado, es preciso analizar el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información para, a continuación, determinar los supuestos, recogidos en el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI, que no se consideran, a los efectos de esta Ley, como comunicaciones comerciales.

La LSSI en su Anexo a) define como Servicio de la Sociedad de la Información, *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”.* A través de dicha definición el Legislador español transpuso el concepto recogido en las Directivas 98/34/CEE, de 22 de junio, del Parlamento y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la Sociedad de la Información, modificada por la Directiva 98/84/CE, de 20 de noviembre, del Parlamento y del Consejo, relativa a la protección jurídica de los servicios

de acceso condicional o basados en dicho acceso. Dicha definición se refiere, tal y como se expresa en el Considerando 17 de la citada Directiva 2000/31/CE, a *“cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la comprensión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio”*, añadiendo que estos servicios cuando *“no implica tratamiento y almacenamiento de datos no están incluidos en la presente definición”*.

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicaciones comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de 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, y, además, ha de realizarse dicha comunicación en los términos que señala el Considerando 17 de la Directiva 2000/31/CE que recoge lo previsto en las citadas Directivas 98/34/CE y 98/84/CE.

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

Por otro lado, el artículo 22 de la LSSI en el apartado 2 señala lo siguiente:

“1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.”

V

En el supuesto que se examina la denunciante pone de manifiesto la recepción, en fecha 22 de octubre de 2013, de una comunicación comercial en su cuenta de correo **....@telefonica.net** desde la cuenta **iberia@.....** tras haber ejercitado solicitud de

cancelación en fecha 27 de agosto de 2013.

Tras las actuaciones previas de investigación practicadas por esta Agencia se ha podido comprobar el envío de un correo electrónico publicitario, en fecha 22 de octubre de 2013, enviado a la cuenta de correo de la denunciante desde la dirección iberia@...., que corresponde a la entidad Iberia LAE S.A, así como que la denunciante ejerció el derecho de cancelación de sus datos en fecha 27 de agosto de 2013 ante la entidad Iberia Card.

Cabe señalar a este respecto que Iberia Card e Iberia LAE son entidades diferenciadas. Así, mientras que la primera entidad emite tarjetas de crédito, de la que la denunciante se dio de alta en marzo de 2012 y baja en marzo de 2013, la segunda entidad se encarga de la gestión del Programa de Fidelización de puntos (Iberia Plus). Las tarjetas de crédito emitidas por Iberia Card están vinculadas al programa Iberia Plus de Iberia, de manera que Iberia Card procede a gestionar el alta de sus clientes en el programa de Iberia Plus, gestión que implica la cesión de sus datos personales a Iberia LAE. Una vez dados de alta en el Programa de Fidelización es Iberia LAE quien directamente se dirige a los clientes para hacerles llegar la tarjeta propia del programa (distinta de la de crédito) y gestionar la aceptación de las condiciones generales del dicho programa, acción de la que Iberia Cards es ajena.

Es por ello por lo que Iberia Card no tramita el borrado de datos de la denunciante en Iberia LAE, toda vez que dicho borrado implica la pérdida de todos aquellos derechos adquiridos como miembro del programa Iberia Plus. Por este motivo Iberia Card le informa, en fecha 9 de septiembre de 2013 tras solicitud de cancelación de la denunciante, que si su intención es darse de baja igualmente en el programa Iberia Plus y perder su condición de miembro del mismo, debe ser ella la que solicite la cancelación ante Iberia LAE.

Por último, destacar que en el correo que recibe la denunciante aportado en su escrito de denuncia se especifica lo siguiente: <<Esta dirección de correo está destinada al envío de la información y no está habilitada para la recepción de mensajes. Este correo ha sido enviado por IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, SOCIEDAD ANÓNIMA OPERADORA SOCIEDAD UNIPERSONAL con CIF *****. Si en un futuro no desea recibir más promociones personalizadas, envíe un mensaje desde la cuenta receptora de esta comunicación a la de dirección de correo@iberia.es o acceda a su Área Personal, Mi Perfil, Suscripciones para actualizar la información correspondiente>>

Es decir, en el correo se especifica la entidad emisora del mismo así como las vías para solicitar la baja en la recepción de correos publicitarios, sin que existan indicios de los que se infieran que la denunciante haya hecho uso de esta posibilidad

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a las entidades denunciadas el posible incumplimiento de lo establecido en la LSSI procede 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 **IBERIA LAE SA, SOCIEDAD CONJUNTA PARA LA EMISIÓN Y GESTIÓN DE MEDIOS DE PAGO E.F.C., S.A. (IBERIA CARDS)** y a D^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.