



Procedimiento N°: A/00197/2016

RESOLUCIÓN: R/02039/2016

En el procedimiento A/00197/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **DESARROLLO HUMANO ON LINE**, vista la denuncia presentada por **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 29 de diciembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **B.B.B.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

1. No ha autorizado o solicitado el envío de correos electrónicos comerciales de **DESARROLLO HUMANO ON LINE**.
2. Recibió el día 28 de diciembre de 2015 en la dirección de correo **C.C.C.** correo comercial no solicitado de **DESARROLLO HUMANO ON LINE**.

Como respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, con fecha de 2 de febrero de 2016 tiene entrada en esta Agencia un escrito del denunciante en el que aporta las cabeceras completas del correo electrónico aportado en su anterior escrito. Aporta además las cabeceras de internet de otros dos correos que manifiesta haber recibido, con fechas 2 de diciembre de 2015 y 30 de enero de 2016 de los que no aporta su contenido.

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

1. El denunciante manifiesta que solicitó la baja de publicidad a **DESARROLLO HUMANO ON LINE** mediante dos correos electrónicos con fechas 1 y 2 de diciembre de 2015, de los que aporta copia, sin embargo dichas solicitudes han sido enviadas desde una dirección de correo electrónico (**E.E.E.**) distinta a la que recibe los mensajes publicitarios (**C.C.C.**). Aporta además el correo electrónico de respuesta a la solicitud remitido por **DESARROLLO HUMANO ON LINE** en el que le informan de que no localizan la dirección de correo electrónico de la que solicita la baja.
2. El denunciante recibió en su cuenta de correo **C.C.C.** un correo electrónico remitido desde la dirección [...@desarrollohumano....](mailto:...@desarrollohumano...) con la fecha 28 de diciembre de 2015.

El correo electrónico contenía información sobre actividades y cursos.

Los correos electrónicos disponen de información sobre el cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios en forma de *“para darse de baja envíanos un mail con la palabra BAJA a baja@desarrollohumanoonline.com”*.

3. El dominio desarrollohumanoonline.es está registrado a nombre de **D.D.D.**, representante de **DESARROLLO HUMANO ON LINE**.
4. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, **D.D.D.** en representación de **DESARROLLO HUMANO ON LINE** remitió un correo electrónico escrito en el que manifiesta, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:
 - 4.1. **DESARROLLO HUMANO ON LINE** es una ONG de carácter Social. Envían un Boletín mensual a las personas que desde hace 10 años aproximadamente se lo han pedido, así como a sus amigos, clientes, conocidos etc..
 - 4.2. Disponen de una base de datos de contactos de Outlook y un Programa de envíos antiguo, y las direcciones de correo, no aparecen con el nombre.
 - 4.3. Cuando reciben una solicitud de baja lo realizan automáticamente y si no encuentran la dirección de correo, se le envía al solicitante y se le informa de que quizá nos envía la baja desde un correo que no es en el que recibe los Boletines.
 - 4.4. No les consta en sus ficheros la dirección de correo electrónico **E.E.E.** que es con el que les pidió la baja el denunciante, por eso no le pudieron dar de baja. Sin embargo, han buscado por el correo **C.C.C.** y efectivamente este correo si figura.
 - 4.5. El origen del dato de la dirección de correo electrónico puede ser porque en su día se la facilitaron, o porque está en las redes de LinkedIn o bien es el familiar de un amigo personal,
 - 4.6. Aportan impresos los datos que figuran en Outlook, que son el nombre, correo electrónico y teléfono. Proceden a dar de baja el correo **C.C.C.** inmediatamente para que no reciba nada más.

TERCERO: Con fecha 23 de mayo de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00197/2016. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciados y al denunciado, sin que presentaran alegaciones.

CUARTO: De las actuaciones practicadas han resultado acreditados los siguientes

HECHOS PROBADOS

UNO.- En fecha de 28/12/2015 se recibió en la cuenta de correo **C.C.C.** un correo electrónico desde la dirección@desarrollohumano.....

DOS.- El citado correo electrónico contenía información sobre actividades y cursos de DESARROLLO HUMANO y disponía de una leyenda informativa para solicitar el cese de los envíos.

TRES.- El dominio desarrollohumanoonline.es está registrado a nombre de **D.D.D.**,



representante de DESARROLLO HUMANO ON LINE.

CUATRO.- El denunciante solicitó la baja desde una cuenta de correo distinta a la receptora de la comunicación de 28/12/2015, razón por la que DESARROLLO HUMANO ONLINE no pudo cursar la baja.

CINCO.- DESARROLLO HUMANO ONLINE ha buscado en la base de datos que utiliza para el envío de correos –Gestor de Correo Outlook- la dirección **C.C.C.** localizando el nombre, correo electrónico y teléfono, procediendo a dar la baja.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El artículo 43.1 de la LSSI en su redacción conferida por la Ley 9/2014 establece que *“igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.c), d) e i) y 38.4.d), g) y h) de esta Ley”*; otorgando por tanto a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

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 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.

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 o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, sin consentimiento expreso del destinatario, si bien esta prohibición encuentra su excepción en apartado 2 del citado artículo 21, que autoriza el envío de comunicaciones comerciales cuando *“exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente”*. De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una

infracción leve o grave de la LSSI.

El artículo 19, apartado 2, de la LSSI preceptúa que *“En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales”*.

Por tanto, en relación con el consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, en el artículo 3.h) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) que define el *“consentimiento del interesado”* como: *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

Asimismo resulta aplicable lo previsto en el artículo 45.1.b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que señala que cuando los datos se destinen a publicidad y prospección comercial los interesados a quienes se les solicite su consentimiento deberán ser informados *“sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad”*

Así las cosas, de acuerdo con dichas normas, el consentimiento, además de previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser plena y exacta acerca del sector de actividad del que puede recibir publicidad, con advertencia sobre el derecho a denegar o retirar el consentimiento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

III

Como ya se ha señalado, la LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo de la siguiente manera:

“f) Comunicación comercial»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

En el presente supuesto, ha quedado acreditado que la entidad denunciada remitió una comunicación comercial por medios electrónicos sin los requisitos que el art. 21.1 de la LSSI señala, ya que **DESARROLLO HUMANO ON LINE** no ha podido acreditar la autorización previa y expresa del receptor, o la existencia de una relación comercial previa ya que no figura registrado como cliente ni ha podido determinar el origen de la dirección de correo en sus sistemas.

IV



El artículo 38.4 d) de la LSSI considera 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.*

En el presente caso el denunciado ha remitido una comunicación electrónica que vulnera lo dispuesto en el art. 21 de la LSSI, considerándose infracción leve.

V

El artículo 39 bis de la LSSI, bajo el epígrafe “*Moderación de las sanciones*”, estipula lo siguiente:

“1. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que la infracción se refiere a la remisión de una única comunicación comercial y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios

alegados por el destinatario de los mensajes y falta de constancia de los beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

VI

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 denunciada, pues ha comunicado a esta Agencia que ha eliminado la dirección de correo del denunciante de su lista de distribución y sin que se pueda requerir una medida ya adoptada que evite el envío de las comunicaciones comerciales por medios electrónicos, procedería el archivo de las actuaciones.

En este sentido conviene traer a colación lo dispuesto en las Sentencias de la Audiencia Nacional 455/2011 de fecha 29/11/2013 y 166/2013 de fecha 10/06/2014 que señalan que la figura del Apercibimiento tiene que llevar aparejada medidas concretas para el sujeto apercibido, ya que de otro modo se otorgaría al apercibimiento una suerte de naturaleza sancionadora, y nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LSSI vulnerando los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En conclusión, la actuación administrativa procedente en Derecho es el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 39 bis 2 de la LSSI, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PRIMERO.- ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00197/2016) a DESARROLLO HUMANO ON LINE con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción el artículo 21.1 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4 d) de la citada norma.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución a **DESARROLLO HUMANO ON LINE** y a **B.B.B.**



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 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 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