



**Procedimiento N°: A/00287/2015**

**RESOLUCIÓN: R/03122/2015**

En el procedimiento A/00287/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **MARCHAL RUIZ S.L.**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** Con fecha de 10 de mayo de 2015 tiene entrada en esta Agencia, denuncia interpuesta por D. **A.A.A.** (en adelante el denunciante) comunicando que el día 6 de mayo de 2015 recibió un correo comercial no solicitado desde la dirección **.....@sanitas.es** en una dirección de correo (sin indicar la dirección en que fue recibido el citado correo) que nunca ha dado de alta para nada relacionado con SANITAS.

Ha llamado por teléfono y la persona responsable, le ha confirmado que su dirección de correo la han cogido de páginas amarillas o similares. El denunciante indica que no está dado de alta en páginas amarillas, siendo un correo privado.

El mensaje indica además que los datos han sido incluidos en un fichero cuyo responsable es Marchal Ruiz, S.L. (en lo sucesivo el denunciado).

Aporta copia de las cabeceras completas de Internet del correo electrónico recibido así como su contenido.

**SEGUNDO:** En fase de actuaciones previas se tiene conocimiento de los siguientes hechos:

a) El correo electrónico aportado por el denunciante se encuentra impreso desde la cuenta de correo electrónico "**.....@....**" y es de fecha 6 de mayo de 2015. La dirección de correo electrónico origen del mensaje es "**.....@sanitas.es**".

El correo incluye información comercial sobre una oferta para autónomos de seguros con Sanitas, estando suscrita por "**D.D.D.**, Agente Comercial". Incluye la leyenda que los datos personales utilizados para el envío han sido incluidos en un fichero cuyo responsable es el denunciado, e informa de la forma de ejercitar los derechos ARCO así como de la dirección del responsable del fichero.

Aunque la dirección que consta en el correo impreso es "**.....@....**", del estudio de las cabeceras de Internet se desprende que fue remitido a "**support@....**" por lo que posiblemente el denunciante mantenga desviados, los correos recibidos en la dirección "**support@....**" al buzón de la dirección "**.....@....**".

b) En respuesta a la solicitud de información realizada desde esta Agencia al denunciado, remitió un escrito en el que manifestó, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:



*“1. Con respecto al consentimiento otorgado por **B.B.B.**, titular de la cuenta dirección de correo electrónico .....@...., expongo que no tenemos conocimiento alguno de haber remitido ninguna comunicación comercial a dicha dirección de correo electrónico. El contacto se realizó con la siguiente dirección de correo electrónico: **support@....**, obtenida de una fuente accesible al público tal y como se observa en el Anexo I. Desconocemos si el titular de la cuenta .....@.... tiene redirigida la recepción de mails de la cuenta **support@....1** a su cuenta particular.*

*2. El origen del dato **support@....1** se encuentra en una fuente accesible al público, tal y como se estima en el Anexo I.*

*3. No existe ningún tipo de relación contractual ni de ningún tipo con el titular de la referida dirección de correo.*

*4. Los únicos datos obrantes en la entidad son referidos a la dirección de correo electrónico **support@....** dato que solo se almacenan durante el periodo máximo de un mes en los servidores de correo de la entidad.”*

En el mencionado Anexo I la entidad denunciada aporta impresión de las páginas amarillas (versión móvil) de los datos de Chronobook, que incluyen la dirección “**support@....**”, junto con la dirección postal ((C/.....1) Zaragoza, Zaragoza).

Por otro lado el denunciado mantiene un contrato de Agencia de Seguros con Sanitas S.A. de Seguros.

Realizadas búsquedas de Chronobook en la versión móvil de páginas amarillas por parte de esta Inspección de Datos se ha encontrado la siguiente información con fecha 06/07/2015:

Chronobook, (C/.....1) Zaragoza, Email: [support@....](mailto:support@....), página web:<http://www.chronobook.com>, servicios: Diseño de páginas web

**TERCERO:** Con fecha 21 de octubre de 2015, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00287/2015. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

**CUARTO:** Con fecha 20/11/2015 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica:

*<<...1. Que la causa de esta denuncia se produce sobre la dirección .....@...., habiendo quedado demostrado que la dirección real sobre la que se produjo la infracción es **support@....1**, no habiéndose realizado ningún tipo de comunicación con ninguna de las cuentas de forma posterior al primer envío.*

*2. Así mismo, esta entidad reconoce la comisión de una infracción tipificada como leve en el artículo 21.1 de la LSSI y acepta que el desconocimiento de la ley no exime de su*



*cumplimiento.*

*3. Que esta entidad reguló la situación irregular de forma diligente una vez tuvo constancia de los hechos expuestos por D. **A.A.A.** adoptando las medidas correctoras pertinentes.*

*4. Que la entidad no resulta reincidente por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*

*5. Que la infracción se ha cometido únicamente en una sola ocasión, así como la concurrencia de las circunstancias de intencionalidad, inexistencia de perjuicios y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción...>>*

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO:** Con fecha de 10 de mayo de 2015 tiene entrada en esta Agencia, escrito del denunciante comunicando que el día 6 de mayo de 2015 recibió un correo comercial no solicitado desde la dirección **.....@sanitas.es** en una dirección de correo (sin indicar la dirección en que fue recibido el citado correo) que nunca ha dado de alta para nada relacionado con SANITAS.

El mensaje indica además que los datos han sido incluidos en un fichero cuyo responsable es el denunciado.

Aporta copia de las cabeceras completas de Internet del correo electrónico recibido así como su contenido (folios 1 a 6).

**SEGUNDO:** El correo electrónico aportado por el denunciante se encuentra impreso desde la cuenta de correo electrónico "**.....@....**" y es de fecha 6 de mayo de 2015. La dirección de correo electrónico origen del mensaje es "**.....@sanitas.es**".

El correo incluye información comercial sobre una oferta para autónomos de seguros con Sanitas, estando suscrita por "**D.D.D.**, Agente Comercial". Incluye la leyenda que los datos personales utilizados para el envío han sido incluidos en un fichero cuyo responsable es el denunciado, e informa de la forma de ejercitar los derechos ARCO así como de la dirección del responsable del fichero.

Aunque la dirección que consta en el correo impreso es "**.....@....**", del estudio de las cabeceras de Internet se desprende que fue remitido a "**support@....**" por lo que posiblemente el denunciante mantenga desviados, los correos recibidos en la dirección "**support@....**" al buzón de la dirección "**.....@....**" (folios 3 a 6).

**TERCERO:** El denunciado ha comunicado que:

*"1. Con respecto al consentimiento otorgado por **B.B.B.**, titular de la cuenta dirección de correo electrónico **.....@....**, expongo que no tenemos conocimiento alguno de haber remitido ninguna comunicación comercial a dicha dirección de correo*

electrónico. El contacto se realizó con la siguiente dirección de correo electrónico: [support@...](mailto:support@...) (...). Desconocemos si el titular de la cuenta .....@.... tiene redirigida la recepción de mails de la cuenta **support@....1** a su cuenta particular (...)

2. El origen del dato **support@....1** se encuentra en una fuente accesible al público, tal y como se estima en el Anexo I.

3. No existe ningún tipo de relación contractual ni de ningún tipo con el titular de la referida dirección de correo.”

“Que (...) reguló la situación irregular de forma diligente una vez tuvo constancia de los hechos expuestos por D. **A.A.A.** adoptando las medidas correctoras pertinentes.”

Por otro lado el denunciado ha remitido el contrato de Agencia de Seguros con Sanitas S.A. de Seguros (folios 16 a 31).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

El segundo párrafo del artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI), en la redacción conferida por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, 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 citada Ley, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

### **II**

El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española. El artículo 21 de la LSSI establece que:

*“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.”*

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.*

*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”.*

El concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, engloba 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.

Por otro lado, la LSSI en su Anexo a) define “Servicio de la Sociedad de la Información” como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario

*El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”.* Añade el referido apartado que el envío de comunicaciones comerciales es un servicio de la sociedad de la información, siempre que represente una actividad económica.

Según el apartado d) del citado Anexo, destinatario es la “persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”. A su vez, la definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del mencionado Anexo, que considera como tal la “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”.

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

La posesión o conocimiento de una dirección de correo electrónico de un tercero no implica, incluso cuando aparezca difundida en páginas web de Internet o figure incluida en bases de datos empresariales o tenga su origen en fuentes accesibles al público, considerando como tales únicamente las contempladas en el artículo 3.j) de la LOPD, una autorización del titular de la dirección de correo electrónico en cuestión para recibir publicidad a través de medios de comunicación electrónica o similares, pues precisamente ese derecho a no recibir comunicaciones comerciales por esos medios, que no hayan sido previamente solicitadas o expresamente autorizadas es el que protege el artículo 21 LSSI.

En este sentido se pronunciaba la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de febrero de 2013, Rec. nº 468/2011, al señalar en su Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente: <<...*Tal y como hemos indicado, entre otras, en las SSAN 19-2-2008 (Rec. 267/2006) y 14-11-2009 (Rec. 280/2008), se requiere para la remisión de mensajes por correo electrónico con fines de venta directa, el consentimiento previo e informado del abonado titular de la línea destinataria de los citados mensajes. Resulta por ello secundario el hecho de que la dirección de correo procediese de una base de datos con fines comerciales, pues lo relevante, a los efectos aquí analizados, es que tal afectado no haya otorgado su consentimiento previo a la entidad demandante para la remisión de los mismos.*

*Interpretación que se realiza al amparo de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas, pues establece el artículo 13.1 de dicha Directiva que “Solo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo”...>>*

#### V

Los hechos probados suponen la comisión, por parte de la entidad denunciada de una infracción del artículo 21.1 de la LSSI.

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.”*

#### VI

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 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.”*

Por su parte el artículo 40 de la LSSI, en relación con la “Graduación de la cuantía de las sanciones”, determina lo siguiente:

*La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:*

*1. La existencia de intencionalidad.*

*2. Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.*

*3. 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.”*

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 beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

## 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 el denunciado, pues el mismo ha comunicado a esta Agencia, que ha regularizado la situación irregular, sin que se pueda requerir una medida ya adoptada, que evite el envío de las comunicaciones comerciales por medios electrónicos, por todo ello procede el archivo de las presentes 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 la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,**

**SE ACUERDA:**

**1.- ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00287/2015) a MARCHAL RUIZ S.L.** 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.

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.

**2.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo a **MARCHAL RUIZ S.L.**

**3.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo a D. **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.

Mar España Martí  
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos