



Expediente Nº: E/01853/2015

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

Examinado el escrito presentado por **C.C.C.** relativo a la ejecución del requerimiento de la resolución de referencia R/00758/2015 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento de apercibimiento A/00385/2014, seguido en su contra, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En esta Agencia Española de Protección de Datos se tramitó el procedimiento de apercibimiento de referencia A/00385/2014, a instancia de **A.A.A.**, con Resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos por infracción del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico tipificada como leve en su artículo 38.4.d) acordando:

(...)**SEGUNDO.- REQUERIR** a **C.C.C.** de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 39 bis 2, para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución.

2.1 CUMPLA lo previsto en el artículo 21.1 y 2 de la LSSI, para lo que se insta a dicha entidad a establecer mecanismos que eviten el envío de comunicaciones comerciales, en particular a la dirección de correo del denunciante, y en general a cualquier destinatario que no hayan dado su autorización o que no se encuentren en alguno de los supuestos del citado apartado 2 del artículo 21 debiendo ofrecer, tanto en la recogida de datos como en cada comunicación comercial que envíe por medios electrónicos, un medio de oposición a la recepción de comunicaciones comerciales.

2.2 INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando los documentos u otros medios de prueba en los que se ponga de manifiesto su cumplimiento.

Con objeto de realizar el seguimiento de las medidas a adoptar la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos insto a la Subdirección General de Inspección de Datos la apertura del expediente de actuaciones previas de referencia E/01853/2015.

SEGUNDO: Con motivo de lo instado en la resolución, el denunciado remitió a esta Agencia con fecha de entrada 12/02/2016 escrito en el que informaba a esta Agencia que había eliminado de la base de datos cualquier correo que no esté verificado y aprobado por el titular evitando así cualquier tipo de comunicación posterior sin autorización previa y expresa. Asimismo los servicios web de Grouponfactory han sido cancelados, dando por extinguido el modelo de negocio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



I

Es competente para resolver la Agencia Española de Protección de Datos de acuerdo con el artículo 43.1 de la LSSI que 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”*; se otorga

II

El objeto de imputación en el procedimiento A/385/2014 es la vulneración de lo dispuesto en el art. 21 de la LSSI, en concreto se cita en los Fundamentos de Derecho III y IV, lo siguiente:

(...)III

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.

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 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.



IV

En el presente supuesto, ha resultado acreditado que el denunciante recibió en su dirección de correo electrónico una comunicación con contenido comercial en la que no consta un medio de oposición sencillo y gratuito para la recepción de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

*El denunciado no ha acreditado la existencia de la autorización previa y expresa del destinatario o algún supuesto de los previstos en el art. 21 de la LSSI sino que en sus comunicaciones con el subinspector actuante explica únicamente el funcionamiento de la actividad de **B.B.B.** Añade que la dirección de correo del denunciante aparece en diversas páginas web manifestando que “es un mail publico de una empresa. No es un email, personal”.*

A tenor de los alegado por el denunciado debe señalarse en primer lugar, que es irrelevante la pertenencia de dicha dirección de correo a una persona física o a una persona jurídica, pues la LSSI no distingue tal cualidad y protege a los “destinatarios de los Servicios de la sociedad de la Información”, y en segundo lugar respecto de la constancia de una dirección de correo en internet, esta Agencia y la Audiencia Nacional se han pronunciado a ese respecto en reiteradas ocasiones, sirva de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional recaída en el recurso nº 371/2012 de 23/07/2013:

Agregaba por otra parte la resolución recurrida que la constancia de las direcciones electrónicas de las empresas en la red Internet no habilita para utilizarlas para el envío de comunicaciones comerciales, salvo que se den los supuestos del artículo 21 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información. Es decir, que una entidad puede tener su dirección de correo electrónico en una web a los efectos de “contacto” y fundamentalmente para ofrecer sus productos y actuar en el tráfico jurídico, pero que «ello no implica una autorización ad limitum para ser receptora de publicidad, pues precisamente ese derecho a no recibir comunicaciones comerciales por medios electrónicos es el que protege el artículo 21 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información».

Pues bien, procede desestimar el recurso por esta primera razón impugnatoria, dado que, en efecto, la legitimidad de la posesión de los datos por parte de una concreta empresa no obsta a la posterior necesidad del recabado de un consentimiento específico para la remisión de comunicaciones comerciales. Así se obtiene del art. 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico:

«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».



La desestimación del recurso por el fundamento que se acaba de analizar debe llevarnos también a la misma consecuencia con respecto a la afirmación de la obtención de aquella información (los datos de la empresa) de una fuente accesible al público (la página web de la denunciante). Y es que, con independencia de que se trate o no en efecto de una fuente accesible al público en los términos del art. 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, lo cierto es que aquella obtención pudiera legitimar, sin expreso consentimiento, el tratamiento de los datos de que se trate, pero no hacerlo con la remisión de comunicaciones comerciales. Esto entraña una actividad singular y diferente, que es requerida de consentimiento autónomo por el art. 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

La recurrente, en otro momento, destacaba el hecho de que la destinataria de su correo de comunicación comercial era una persona jurídica y no otra física. Aunque el argumento alegatorio no termina de ser perfilado, parece que tras él lata la idea de que las personas jurídicas no son destinatarias y protegidas por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Sin embargo procede desestimar el recurso con este fundamento, dado que el artículo 19 de la Ley de Servicios para la Sociedad de la Información remite a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal «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», pero de ellos no se obtiene una permisión generalizada de remisión de comunicaciones comerciales a las personas jurídicas, que contravendría de modo evidente la prohibición contenida en el art. 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

*No comparte la Sala, por otra parte, que el propio vocablo contenido en la dirección de correo electrónico de la empresa destinataria (**D.D.D.**) indique su disposición generalizada a la recepción de comunicaciones comerciales sin autorización, pues la “información” a la que allí se alude es la que se produce desde la empresa titular del correo hacia sus propios clientes, no en dirección inversa.” (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)*

*Para su adecuación a la normativa vigente, **C.C.C.** debe establecer, mecanismos que eviten el envío de comunicaciones comerciales, en particular a la dirección de correo del denunciante, y en general a cualquier destinatario que no hayan dado su autorización o no que se encuentren en alguno de los supuestos que prevé el art. 21 de la LSSI.*

Asimismo debe poner a disposición de los destinatarios de las comunicaciones comerciales, un medio de oposición tanto en el momento de la recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que envíe.(...)

III

*En supuesto presente, del examen del escrito remitido por **C.C.C.**, se constata que ha tomado medidas que impidan que los hechos objeto de infracción vuelvan a suceder, procediendo le archivo de las presentes actuaciones.*

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,



Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **C.C.C.**

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 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 lo sucesivo LJCA), 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.

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