



Expediente Nº: E/03311/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

En el procedimiento **E/03311/20156**, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Don **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por Don **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 28 de abril de 2016, tiene entrada en esta Agencia de Protección de Datos, una denuncia interpuesta por D. **B.B.B.**, en adelante el denunciante, en la que, entre otros extremos, manifiesta lo siguiente:

1.- El día 28 de abril de 2016, recibe un correo electrónico en su cuenta **C.C.C.**, con origen en la dirección: ...@munecasatodotrapo.com, con información comercial sobre muñecas de comunión.

2.- El correo electrónico recibido no ha sido solicitado o autorizado por su parte, ni se ha registrado en sitio alguno para recibirlo, ni tampoco ha visitado la página web referenciada en el correo. El denunciante aporta copia del correo electrónico recibido el 28 de abril de 2016 y de las cabeceras completas del mismo.

SEGUNDO: Del examen de la documentación presentada por el denunciante y de las actuaciones practicadas a la vista de los hechos denunciados, se desprende lo siguiente:

El día 28 de abril de 2016, D. **B.B.B.** recibe un correo electrónico en su cuenta: **C.C.C.**, con origen en la dirección ...@munecasatodotrapo.com, que contiene información comercial sobre muñecas de comunión, comercializadas a través del sitio web: www.muñecasatodotrapo.com y tlfs.- *****TEL.1** y *****TEL.2**.

Al pie del correo electrónico existe un texto informando de que: “Muñecas a Todo Trapo garantizas la seguridad y confidencialidad de los datos de carácter personal que disponemos, en este sentido y cumpliendo lo señalado en la LOPD, usted o su organización podrán ejercer en todo momento los derechos de acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales haciendo clic en la frase “darse de baja” (...)”.

En el código fuente del mensaje consta un procedimiento de baja (list-unsuscribe) que contiene una dirección de correo electrónico aunque no consta que el denunciante haya hecho uso del mismo.

El dominio “munecasatodotrapo.com” está registrado a nombre de D. **A.A.A.**.

Puestos en contacto con el denunciado, D. **A.A.A.**, el 8 de agosto de 2016, éste manifiesta que:

- a) El origen del dato de correo electrónico del denunciante, D **B.B.B.**, proviene de su anterior desempeño profesional, en el que como ingeniero de telecomunicaciones, asistía con cierta periodicidad a reuniones y seminarios en los que contactaba con profesionales del sector. Que D. **B.B.B.**, personalmente le facilitó su tarjeta como responsable del área de nuevas tecnologías de MC Mutual, con lo que entendió que sus datos, al haber sido facilitados in situ y de su propia mano, pasaban así a su agenda personal y profesional. Siendo ésta también la razón por la que conoce su nombre completo y actividad profesional. No obstante, no se ha aportado copia de la tarjeta de visita del denunciante en las alegaciones.
- b) Que D. **B.B.B.**, no ha ejercido su derecho de baja de sus datos personales. Su única acción ha sido interponer denuncia, sin ni tan siquiera ponerse en contacto para interesarse por el origen de sus datos y/o solicitar la baja.
- c) Que ya se ha procedido a darle de baja de sus bases de datos.
- d) Que sólo se le ha enviado un único correo, y no contenía ninguna publicidad de tipo ofensivo,, hiriente o de mal gusto.
- e) Nunca se ha utilizado bases de datos ajenas a la propia que elaboran con contacto facilitados personalmente por los usuarios, como ha sido en este caso.

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 de comercio electrónico, (en adelante 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 citada Ley.

II

A los efectos de examinar si los hechos objeto de imputación pueden constituir infracción al artículo 21 de la LSSI conviene realizar una breve exposición sobre el marco jurídico que resulta de aplicación a las comunicaciones comerciales remitidas por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

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 artículo 21 de la Ley LSSI, en la redacción introducida por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones señala 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”.

Por lo tanto, 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.

De este modo, la LSSI, en su artículo 21.1 prohíbe de forma expresa 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 el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío 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 (en adelante 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”*.

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 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”.*

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.*

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. Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: (...) 4º El envío de comunicaciones comerciales. ” (...).

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicación 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.



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

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si el correo electrónico comercial enviado el día 28 de abril de 2016, a la cuenta [C.C.C.](mailto:C.C.C) con origen en la dirección ...@munecasatodotrapo.com con información comercial sobre muñecas de comunión incumplía las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI.

Para ello se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, estamos ante un envío que responde a la definición de comunicación comercial recogida en el Anexo f) de la LSSI anteriormente transcrito, en tanto que se promocionaba la venta de muñecas de comunión.

En segundo lugar, el denunciado no ha acreditado contar con la autorización del denunciante para usar su correo electrónico para enviarle comunicaciones comerciales, al igual que no han probado que existiera una relación contractual previa en los términos del artículo 21.2 que hubiera exceptuado el requisito de dicho consentimiento.

Consecuentemente, a la luz de los elementos fácticos obrantes en el expediente, cabe concluir que estamos ante la remisión de un correo electrónico comercial al denunciante que no contaba con el consentimiento previo y expreso del mismo para ello, lo que vulnera la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI.

V

El Título VII de la LSSI bajo la rúbrica “*Infracciones y sanciones*” contiene el régimen sancionador aplicable en caso de que se produzca alguna de las infracciones contenidas en el cuadro de infracciones que en el mismo se recoge. En concreto, el artículo 37 especifica que “*los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente Ley les sea de aplicación*” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

La definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del Anexo de la citada norma que considera como tal: “*la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información*”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:



“3. Son infracciones graves: c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a 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”.

“4. Son 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”.

A partir del conjunto de hechos y circunstancias constatadas en el expediente y vistos los fundamentos de derecho anteriores, la conclusión que se desprende es que la conculcación de artículo 21.1 de la LSSI imputada al denunciado se ajusta al tipo de infracción calificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, ya que el envío de una comunicación comercial por correo electrónico no autorizada por el denunciante no puede calificarse como de insistente o sistemático.

La vulneración del mencionado artículo 21 de la LSSI está calificada como infracción leve en el artículo 38.4 d) de la LSSI, que considera 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

A su vez, 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.”

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: a) La existencia de intencionalidad. b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción. c) 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 que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.*”

De conformidad con lo previsto en el apartado segundo del artículo 39.bis, esta Agencia considera que en el presente caso procedería apercibir al denunciado en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del apartado 2 del citado precepto y, por otro lado, se produce la circunstancia recogida en el artículo 39 bis 1.a), ya que se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado, teniendo en cuenta que la infracción se refiere a la remisión de una única comunicación comercial y concurren en forma significativa de los criterios a), d) y e) de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario del envío comercial y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

VII

Ahora bien, en el presente supuesto, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 39 bis 2 de la LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por el denunciado. Téngase en cuenta que, D. **A.A.A.** ha dado de baja de la base de datos a D. **B.B.B.**, no constando tampoco comunicación comercial posterior a la dirección de correo electrónico del denunciante.

Por tanto, esta Agencia no podría apercibir al denunciado por la comisión de la infracción al artículo 21.1 de la LSSI requiriéndoles la adopción de medidas correctoras que evitasen el tratamiento del correo electrónico del denunciante para el envío de posteriores correos electrónicos con fines publicitarios, puesto que éstas ya han sido llevadas a cabo por propia iniciativa.

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que “*no constituye una sanción*”, tratándose de “*medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción*” que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6



de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos una “*potestad*” diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referentes a los supuestos en los que el sujeto responsable de la infracción **ha adoptado las medidas correctoras oportunas** para subsanar la situación creada, y en armonía con lo señalado **debe procederse al archivo de las actuaciones practicadas.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. ARCHIVAR el procedimiento **E/03311/2016** seguido a Don **A.A.A.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción del artículo 21.1 de la citada norma.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **A.A.A.** y a D. **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 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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