

Jurisprudencia

Fecha: 19/02/2009

Jurisdicción: Resoluciones Administrativas

Origen: Agencia Española de Protección de Datos

Tipo Resolución: Resolución administrativa

Cabecera: Envío de correo comercial sin ofrecer procedimiento de oposición. Procedimientos Sancionadores. Artículo 21 LSSI

Texto

Encabezamiento

Procedimiento Nº PS/00586/2008

RESOLUCIÓN: R/00177/2009

En el procedimiento sancionador PS/00586/2008, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad ARJAC SYSTEMS, S.L., vista la denuncia presentada por D. S.S.S., y en base a los siguientes,

Antecedentes de Hecho

PRIMERO: Con fecha 09/07/2008, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de D. S.S.S. (en lo sucesivo el denunciante), por el que denuncia la recepción, en la dirección de correo electrónico "...S@...", de un correo comercial no solicitado, remitido desde la dirección "...X..@...", sin que exista relación comercial con la entidad que realiza el envío ni autorización previa para ello, y sin que hubiese autorizado a ningún tercero para ceder sus datos a la entidad denunciada ni haya sido informado sobre la inclusión de los mismos en fichero alguno.

Aportó copia del correo electrónico mencionado, remitido en fecha 16/06/2008, a las 19:30:20 horas, en el que se promociona el portal de anuncios "Troba-Ho". Dicho correo no contiene ninguna indicación relativa a la posibilidad de oponerse al tratamiento de los datos con fines promocionales.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Con fechas 26/08/2008 y 10/09/2008, se accede a través de Internet a la página web "...X...", comprobándose que se encuentra a nombre de la empresa Arjac Systems, S.L. (en lo sucesivo ARJAC SYSTEMS).

2. Con fecha 21/10/2008, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de ARJAC SYSTEM

en el que, en respuesta al requerimiento de información efectuado por los Servicios de Inspección, pone de manifiesto que lo siguiente:

"En cuanto a la acreditación documental del consentimiento, debo informarles que mi representado carece de la misma. No obstante, la comunicación remitida no se trata de publicidad, sino de una invitación al destinatario del mensaje a conocer un portal totalmente gratuito.

En cuanto al motivo, he de decirles que, según informa el cliente, en la Web del mismo existe un apartado donde el usuario que publica un anuncio tiene posibilidad de invitar a otros a conocer la existencia de este portal con el objeto de puntuar su anuncio.

En cuanto al origen de los datos, tal y como les informábamos en el punto anterior, cualquier usuario pudo añadirla, por lo que el sistema remite un único correo invitación de otro usuario. Con ello queremos decir que TROBA-HO solo ha enviado un único correo a dicha cuenta. En relación a este tipo de invitaciones ARJAC SYSTEMS SL no posee ninguna información, ni siquiera la cuenta facilitada se registra en la base de datos de dicha mercantil, y que el sistema utilizado por ésta genera una firma con el algoritmo publico de encriptación MD5 y el resultado es lo único que se guarda para evitar que otro usuario repita cuenta y la misma sea reenviada. De este modo, con la cuenta facilitada se envía el correo y es eliminada automáticamente.

(...)

No existe ninguna relación contractual entre mi representada y el denunciante.

Asimismo, el denunciante no se ha dirigido a mi representada para oponerse a la recepción de comunicaciones comerciales".

TERCERO: Con fecha 12/11/2008, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad ARJAC SYSTEM por la presunta infracción del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la citada Ley, pudiendo ser sancionada con multa de hasta 30.000 euros, de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la misma norma.

CUARTO: Transcurrido el plazo concedido a ARJAC SYSTEM para alegaciones sin que se hayan recibido las mismas, se procede a elevar el procedimiento al Director de la Agencia Española de Protección de Datos a los efectos de dictar resolución al respecto, dado que en la notificación del acuerdo de apertura del procedimiento se informaba que, en caso de no realizar alegaciones contra dicho acuerdo, se entenderá el mismo como propuesta de resolución en virtud de lo previsto en el artículo 13 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 16/06/2008, a las 19:30:20 horas, D. S.S.S. recibió en la dirección de correo electrónico "...S.@...." un correo electrónico enviado desde las dirección de correo electrónico "...X.@....", que promociona el portal de anuncios "Troba-Ho". Dicho correo no contiene ninguna indicación relativa a la posibilidad de oponerse al tratamiento de los datos con fines promocionales (folios 2 y 3).

SEGUNDO: Consultado el sitio web "...X...", la Inspección actuante constató que es la

web de la sociedad ARJAC SYSTEM (folios 4, 5, 11y 12).

TERCERO: En respuesta dirigida a los Servicios de Inspección de la Agencia Española de Protección de Datos, la entidad ARJAC SYSTEM informó que carece de acreditación documental del consentimiento prestado por D. S.S.S. (folios 16 y 17).

Fundamentos de Derecho

I

El artículo 43.1, segundo párrafo, de la LSSI, otorga 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

El artículo 13.2 del citado Real Decreto 1398/1993 establece que el acuerdo de iniciación de un procedimiento sancionador se notificará al interesado haciendo constar en dicha notificación que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.

En este caso, en la notificación del acuerdo de inicio del Director de la Agencia Española de Protección de Datos se hacía referencia a este artículo, advirtiendo a la entidad imputada de las consecuencias de no efectuar alegaciones. Dicho Acuerdo contiene un pronunciamiento preciso sobre la infracción imputada a ARJAC SYSTEM.

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 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) actualmente 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.

IV

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.

Por otra parte, La LSSI en su Anexo, apartados d), incluye en el concepto "Destinatario del servicio" o "destinatario" a toda "persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información". Por tanto, la prohibición establecida en el artículo 21 de la LSSI, antes reseñada, se refiere a los envíos de comunicaciones promocionales no consentidos por sus destinatarios, ya sean personas físicas o jurídicas.

V

En el presente supuesto, ha quedado acreditado que ARJAC SYSTEM remitió, en fecha 16/06/2008, una comunicación publicitaria a la dirección de correo electrónico "...S@...", sin disponer de autorización expresa y previa del destinatario y sin que conste la existencia de una relación contractual anterior que justifique el envío del mensaje, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LSSI. En dicha comunicación se promociona el portal de anuncios "Troba-Ho", cuya titularidad y explotación corresponde a la citada entidad.

El envío de la comunicación comercial que motiva el presente procedimiento se realizó por ARJAC SYSTEM utilizando medios propios, no habiéndose cuestionado por la misma dicho envío. Así, debe concluirse que ARJAC SYSTEM es responsable del incumplimiento de la prohibición prevista en el artículo 21.1 de la LSSI antes citado.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 21.2 de la LSSI, en relación con el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico, establece que "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". En este caso, se incumple esta exigencia, por cuanto el correo electrónico remitido al denunciante no contiene ninguna indicación relativa a la posibilidad de oponerse al tratamiento de los datos con fines promocionales.

VI

De conformidad con lo establecido en el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, según su redacción aprobada por la disposición adicional octava de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre normas reguladoras de la firma electrónica, en vigor desde el 21/03/2004, 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 o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, 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".

En consecuencia, la infracción del artículo 21 de la LSSI, en los términos indicados por el citado artículo 38.4.d), se califica en términos generales como infracción leve, aunque si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o más de tres a un mismo destinatario, en los términos que se indican en el también citado artículo 38.3.b), se producirá una infracción tipificada como grave a los efectos de la LSSI.

El presente supuesto se ajusta al tipo de infracción establecido en el artículo 38.4.d) de la LSSI, calificado como infracción leve, al tratarse del envío por correo electrónico de una comunicación comercial a un mismo destinatario, sin consentimiento del mismo y sin ofrecerle un procedimiento para que pueda oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales.

VII

A tenor de lo establecido en el artículo 39.1.c) de la LSSI, las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 30.000 euros, estableciéndose los criterios para su graduación en el artículo 40 de la misma norma, que establece 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".

En relación con los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el citado artículo 40 y, en especial, a la ausencia de intencionalidad, de perjuicios causados y de beneficios obtenidos por ARJAC SYSTEM, acreditados en el presente procedimiento, procede la imposición de una sanción de 600 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, El Director de la Agencia Española de Protección de Datos

Fallo

Madrid, 19 de febrero de 2009 EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE

PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte