



Procedimiento N° PS/00136/2006

RESOLUCIÓN: R/00107/2007

En el procedimiento sancionador **PS/00136/2006**, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **CUTER SOLUCIONES TECNOLÓGICAS, S.A.**, vista la denuncia presentada por **D. D.S.P.**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 18/04/2006, tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos un escrito de D. D.S.P. (en lo sucesivo el denunciante), por el que denuncia la recepción, en la dirección de correo electrónico “...A.@...”, de dos correos comerciales no solicitados, sin que exista relación comercial con la entidad que efectuó los envíos ni autorización previa para ello.

Aportó copia de los correos electrónicos mencionados, remitidos desde la dirección de correo electrónico “...B.@...” en fechas 15 y 28/03/2006, en los que se ofrecen distintos productos y servicios informáticos. El primero de estos correos contiene la información que se detalla a continuación, similar, básicamente, a la recogida en la comunicación de fecha 28/03/2006:

“PUBLICIDAD Febrero de 2006 ...

Infórmate de cómo ser TIENDA UPI y conviértete en distribuidor de una gran marca. Más de 290 profesionales ya lo hacen, ahora es tu oportunidad ...

TIENDAS UPI ofrece la más amplia gama de productos y servicios informáticos del mercado basada en 5 líneas de negocio: Informática de consumo, ...

Con UPI todo son ventajas, infórmate de las condiciones de entrada llamando a nuestro Departamento de Expansión al número #####B o manda un e-mail a ...B2.@... ...

Recibe este boletín por haber mantenido en algún momento relación con CUTER SOLUCIONES TECNOLÓGICAS, S.A. o haber autorizado a la misma el envío de este tipo de información ...

Si en algún momento ha llegado este e-mail a su buzón por error o usted no desea recibir información comercial por nuestra parte, sólo ha de enviarnos un e-mail a ...B3.@... indicándonos el mail que tenemos registrado y procederemos a la eliminación de sus datos en nuestros archivos ...



Puede ver nuestro Aviso Legal completo sobre navegación, datos personales y envío comercial en nuestra web www...B..... ...

Tiendas UPI es una marca registrada de Cuter Soluciones Tecnológicas, S.A.”.

Según consta en las cabeceras de los dos mensajes remitidos por “...B.@...” a “...A.@...”, ambos tienen su origen en el equipo informático denominado “.....” y en la dirección IP “#####”.

Por otra parte, junto con la denuncia formulada, se acompañó copia de un correo electrónico enviado por el propio denunciante el 22/03/2006 a las direcciones “...B4.@...”, “...B.@...” y “...B5.@...”, previo, por tanto a la segunda comunicación comercial remitida desde la dirección “...B.@...”, en el que solicita el cese del envío de comunicaciones comerciales. Expresamente, en dicho mensaje se comunicaba lo siguiente:

“Le enviamos este correo como aviso de cortesía y petición de cancelación de datos acerca de un correo comercial no solicitado recibido por <...A.@...> que afirma no haber consentido expresamente dicho envío, motivo por el cual deberá interrumpir de forma inmediata el envío de correos a este usuario y eliminar sus datos personales de su fichero informatizado ...

Si se produjese un envío posterior procederemos a interponer la denuncia oportuna ante la Agencia de Protección de Datos ...”.

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. Por los Servicios de Inspección de esta Agencia se comprobó que la entidad “Cuter Soluciones Tecnológicas, S.A.” (en lo sucesivo CUTER) se fusionó, mediante absorción, con las sociedades Techmicro 2002, S.A. y Unión Profesional de Informática, S.L., utilizando la marca comercial “TIENDAS UPI”. Periódicamente, dicha entidad remite a sus clientes documentación sobre sus productos utilizando diversos medios, entre los que se encuentra el correo electrónico, directamente desde sus equipos informáticos y desde la dirección “...B.@...”, que, sin embargo, no está habilitada para la recepción de correos.

Según consta en el Acta de Inspección, de fecha 20/07/2006, el representante de CUTER confirmó que los dos correos electrónicos recibidos en la dirección “...A.@...” fueron remitidos por dicha entidad desde el equipo informático propio denominado “.....”, que se encuentra en las instalaciones de la misma, el cual tiene asignada la dirección IP “#####”.



Por otra parte, se constató que en el Sistema de Información de clientes y potenciales clientes de CUTER no figura información relativa a la dirección de correo electrónico “...A.@...”, habiéndose manifestado por los representantes de CUTER que dicha dirección fue borrada de sus ficheros, una vez tuvieron conocimiento de la solicitud de cancelación formulada por el denunciante, y que la segunda comunicación comercial remitida a éste tuvo lugar antes de la cancelación de los datos por la proximidad de ambos procesos, 22 y 28/03/2006.

Asimismo, dichos representantes manifestaron que la procedencia de esta dirección es la “*Guía Empresarial De Teleco*”, edición 2006, asociada a la empresa On Line Services 2000, S.L..

2. Según la información que consta en el registrador de nombre de dominio accesible a través de la página de Internet “...C...”, la sociedad CUTER es titular del dominio “...B...”.

TERCERO: A la vista de los hechos expuestos, con fecha 12/09/2006 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a CUTER 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 norma, pudiendo ser sancionada con multa de hasta 30.000 euros, de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la misma Ley.

CUARTO: Notificado el citado Acuerdo de inicio, CUTER formuló alegaciones en las que manifestaba que canceló, en tiempo y forma, la suscripción del denunciante para la recepción de correos electrónicos y que, en cualquier caso, la dirección de correo “...A.@...” corresponde a una entidad, y no a un particular, que dispone de la opción de bloquear su recepción.

QUINTO: En fecha 16/10/2006 se acordó por el instructor del procedimiento la apertura de un período de práctica de pruebas, en el que se dieron por reproducidas las actuaciones previas de investigación, E/00512/2006, incorporándose, como medio de prueba, la documental aportada por el denunciante y por la entidad CUTER.

SEXTO: Concluido el período probatorio, en fecha 18/01/2007 se emitió Propuesta de Resolución en el sentido que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos



se sancionase a CUTER con multa de 2.000 €(dos mil euros) por la infracción del artículo 21 de la LSSI.

SÉPTIMO: De conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, la Propuesta de Resolución fue notificada a CUTER, acompañada de una relación de los documentos obrantes en el procedimiento a fin de que pudiera obtener copia de los que estimase convenientes, concediéndole plazo para alegar cuanto considerase en su defensa y presentar los documentos e informaciones que tuviese por oportunos. CUTER presentó escrito en el que se reiteró, básicamente, en sus alegaciones anteriores.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fechas 15 y 28/03/2006, D. D.S.P. recibió en la dirección de correo electrónico “....A.@.....” dos correos electrónicos enviados desde la dirección de correo “....B.@.....”, en los que se ofrecen distintos productos y servicios informáticos. Según consta en las cabeceras de los dos mensajes remitidos, ambos tienen su origen en el equipo informático denominado “.....” y en la dirección IP “#####” (folios 2 a 4, 6 a 9 y 26 a 32).

SEGUNDO: La sociedad CUTER figura en el registrador de nombres de dominio accesible a través de la página de Internet “....C....” como titular del dominio “....B....” (folios 16 y 20).

TERCERO: El representante de CUTER manifestó, ante los Servicios de Inspección de la Agencia Española de Protección de Datos, que, periódicamente, remite a sus clientes documentación sobre sus productos utilizando diversos medios, entre los que se encuentra el correo electrónico, directamente desde sus equipos informáticos y desde la dirección “....B.@.....” (folios 23 a 25).

CUARTO: Asimismo, el representante de CUTER confirmó que los dos correos electrónicos recibidos en la dirección “....A.@.....” fueron remitidos por dicha entidad desde el equipo informático propio denominado “.....”, que se encuentra en las instalaciones de la misma, el cual tiene asignada la dirección IP “#####” (folios 23 a 25 y 33).

QUINTO: Por otra parte, se constató que en el Sistema de Información de clientes y potenciales clientes de CUTER no figura información relativa a la dirección de correo electrónico “....A.@.....”, habiéndose manifestado por los representantes de la entidad que



dicha dirección fue borrada de sus ficheros, una vez tuvieron conocimiento de la solicitud de cancelación formulada por el denunciante (folios 23 a 25 y 34 a 39).

SEXTO: El denunciante manifiesta en su escrito de denuncia que no mantiene relación comercial con la empresa CUTER y que no ha prestado autorización previa para el envío de correos comerciales (folio 1).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El artículo 43.1 de la LSSI otorga a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por 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 el destinatario.

II

La LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo como:

“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 artículo 21 de la citada LSSI establece lo siguiente:

“Artículo 21. Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

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”.

Por tanto, el envío de mensajes publicitarios o promocionales por correo electrónico debe haberse solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios de los mismos, salvo que se trate de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de la propia empresa que sean similares a los que inicialmente hubiesen sido objeto de contratación.

Atendiendo al enunciado de esta disposición, 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 su envío.

La LSSI, que tiene por objeto, entre otras materias, la regulación 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 a las comunicaciones comerciales por vía electrónica, el artículo 19 “*Régimen jurídico*” de la LSSI declara igualmente aplicable la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo 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, al margen 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 LOPD.

Por tanto, en relación al consentimiento para el tratamiento de los datos con las finalidad de enviar comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en el artículo 3.h) de la LOPD que dispone lo siguiente:



“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”.

En consecuencia, 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 puede tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

III

En el supuesto examinado, tal y como ha quedado acreditado a través de la investigación realizada, CUTER remitió en fechas 15 y 28/03/2006 dos comunicaciones publicitarias a la direcciones de correo electrónico “...A.@....”, 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 ofrecen distintos productos y servicios informáticos comercializados o prestados por CUTER utilizando la marca comercial “*TIENDAS UPI*”.

Atendiendo a las exigencias expresadas en relación a la prestación de consentimiento para el envío de este tipo de comunicaciones, en tanto que manifestación de voluntad específica e informada, es obvio que no resulta suficiente a tales efectos el hecho de que los datos del destinatario de la comunicación comercial figuren o no en una guía empresarial. Por tanto, debe rechazarse la alegación de la entidad CUTER, consistente en estimar correcta su actuación en consideración a que la dirección de correo electrónico de la entidad On Line Services 2000, S.L. figurase en la “*Guía Empresarial de Teleco*”, edición 2006.

El envío de la comunicación comercial que motiva el presente procedimiento, se produce desde una dirección de correo (“...B.@....”) de la que es usuaria la entidad CUTER, habiendo utilizado un equipo informático propio denominado “.....”, que se encuentra en las instalaciones de dicha entidad, el cual tiene asignada la dirección IP “#####”. Así, debe concluirse que CUTER es responsable del incumplimiento de la prohibición prevista en el artículo 21.1 de la LSSI antes citado.

Los hechos valorados fueron constatados por los Servicios de Inspección de esta Agencia Española de Protección de Datos mediante un control desarrollado con todas las



garantías establecidas, en presencia del representante designado al efecto por la entidad inspeccionada, que tuvo conocimiento previo del día y hora prevista para la realización de la inspección.

Este control se formalizó en documento (“*Acta de Inspección*”) suscrito por el representante correspondiente, que actuaba en su condición de apoderado de CUTER, en el que se recogen las manifestaciones expresas efectuadas por el mismo a los inspectores actuantes después de haber sido informado sobre los hechos que motivaron la actuación, y cuyo contenido no ha sido desvirtuado por la empresa interesada.

IV

De conformidad con lo establecido en el artículo 38, 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 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, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, en los términos indicados por el citado artículo 38.4.d) de la LSSI se califica como infracción leve, con el agravante de que si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o más de tres a un mismo destinatario en el plazo de un año, en los términos que se indican el también citado artículo 38.3.c), se producirá una infracción grave a los efectos de dicha Ley.

El presente supuesto se ajusta al tipo de infracción establecido en el artículo 38.4.d), calificado como infracción leve, al tratarse del envío por correo electrónico de dos únicas comunicaciones comerciales a un mismo destinatario.



V

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:

“Artículo 40. Graduación de la cuantía de las sanciones.

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 base a estos criterios y, en especial, la ausencia de reincidencia acreditada en el presente procedimiento sancionador, procede la imposición a la entidad CUTER de una sanción por importe de 2.000 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: IMPONER a la entidad **CUTER SOLUCIONES TECNOLÓGICAS, S.A.**, por una infracción del artículo 21 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, una multa de 2.000 euros (dos mil euros) de conformidad con lo establecido en los artículos 39.1.c) y 40 de la citada Ley.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **CUTER SOLUCIONES TECNOLÓGICAS, S.A.**, (C/.....), y a **D. D.S.P.**, (C/.....).

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 0000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en



período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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.

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 el Director 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 este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Madrid, 1 de marzo de 2007
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte