



Expediente Nº: E/01948/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TURISMÚSICA, S.L.**, en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 17/03/2014 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos un escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que expone que desde hace seis meses recibe comunicaciones comerciales no solicitadas de la empresa **TURISMÚSICA, S.L.** (en lo sucesivo, **TURISMÚSICA** o la denunciada) con la que no tiene ninguna relación y que continúa enviándole estas comunicaciones pese a haber solicitado por correo electrónico y telefónicamente la baja de sus datos.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar actuaciones de investigación para el esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que se recogen en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproducen:

<<ANTECEDENTES

*Con fecha de 17 de marzo de 2014 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta que **TURISMÚSICA SL** lleva meses remitiéndole comunicaciones comerciales no solicitadas y que ha solicitado la baja de sus envíos por correo electrónico y, visto que ese medio no era efectivo, también por teléfono pero que continúan remitiéndole comunicaciones:*

*Junto con el escrito de denuncia aporta copia de dos correos electrónicos recibidos el 17 de marzo en las cuentas **info.c@.....** y **info@.....**, las cabeceras completas del segundo de los correos recibidos y un conjunto de correos electrónicos remitidos desde la cuenta "webmaster" solicitando la baja tras haber recibido publicidad en las cuentas **info.c@.....** y **info@.....***

ACTUACIONES PREVIAS

*1. Los correos recibidos el 17 de marzo de 2014, remitido desde la cuenta **turismusica@.....** y dirigidos a **info@.....** y a **info.c@.....**, contienen información publicitaria sobre los servicios comercializados por **TURISMÚSICA, S.L.***

*Los correos electrónicos disponen al pie de lo mismo de un enlace asociado al texto "Si no desea recibir más mensajes de este remitente puede darse de baja". El enlace de baja lleva a la URL **http://turismusica.....***

El enlace citado lleva a una página web que aloja un formulario que permite solicitar la



baja mediante la introducción de la dirección de correo electrónico en el único campo existente y la pulsación de un botón “darse de baja”. Con el fin de probar su funcionalidad el Subinspector solicitó por este medio la baja de la dirección info@..... el 11 de junio de 2014. La respuesta del sistema fue informar de que se había remitido un correo de confirmación a la cuenta del solicitante en el que haciendo clic sobre el enlace incluido se procedería a la baja.

2. Junto con el escrito de denuncia, el denunciante aporta copia de dos correos electrónicos remitidos desde la cuenta “webmaster” los días 11 de junio de 2013 y 9 de febrero de 2014, en respuesta a dos correos electrónicos recibidos en la cuenta info@..... con origen en las cuentas datos@..... y turismusica@.....

En los correos electrónicos, remitidos desde “webmaster” y dirigidos a las cuentas datos@..... y turismusica@....., se solicitaba la baja de todas las cuentas del dominio consulintel.es.

3. El dominio turismusica.com está registrado a nombre de **B.B.B.**

En el sitio web turismusica.com se identifica a TURISMÚSICA, S.L como la entidad responsable del mismo y se informa de que los derechos ARCO podrán ejercerse a través de un correo electrónico remitido a turismusica@.....

4. El 11 de junio de 2014 se remitió un escrito de solicitud de información a TURISMÚSICA SL, dirigido a la dirección que consta en su sitio web, que es coincidente con su domicilio social. La solicitud de información no fue recogida por el destinatario.

5. El 18 de julio de 2014 se procedió a reiterar la solicitud de información y también remitió a la dirección turismusica@..... copia de la nueva solicitud de información, informando de que la anterior había sido devuelta por el servicio de correos.

6. Al no obtener respuesta al correo electrónico, el 22 de julio de 2014 el Subinspector actuante procedió a llamar al teléfono de contacto publicado en www.turismusica.com, el *****TEL.1.**

En la conversación mantenida con quien le contestó, su interlocutor manifestó lo siguiente:

La sede de la sociedad está cerrada y el negocio “dormido”.

Es una persona mayor, poco familiarizada con la tecnología y solicitará al informático de la entidad que recupere el correo electrónico remitido por el subinspector actuante.

7. La dirección IP origen del correo electrónico del que se aportaron cabeceras es *****IP.1**, dirección utilizada por uno de los servidores de correo electrónico que CPC SERVICIOS INFORMATICOS SL utiliza para dar servicio a sus clientes.

Consultado el prestador de servicios de Internet este aporta copia del registro de envío del correo denunciado e identifica a TURISMÚSICA SL como la entidad que realizó el envío.

8. A 1 de agosto de 2014, TURISMÚSICA SL consta inscrita en el Registro Mercantil Central, sin que conste anotación alguna que informe sobre su disolución o cese de actividad.

9. A la fecha del presente informe no se ha obtenido respuesta ni por medios postales ni por medios electrónicos en relación con las solicitudes de información remitidas por correo certificado y por correo electrónico a TURISMÚSICA SL>>



FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos conforme a lo establecido en el artículo 43.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI) que atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la competencia para sancionar por la comisión de infracciones leves y graves de los artículos 38.4.d) y 38.3.c) de la LSSI respectivamente.

II

Actualmente se denomina “spam” a todo tipo de comunicación no solicitada realizada por vía electrónica y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. 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.

El envío de publicidad a través de medios electrónicos exige que haya sido previamente autorizado o consentido. Así lo dispone el artículo 21 de la LSSI que obliga también al prestador del servicio a ofrecer al destinatario los mecanismos para oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, exigiendo, si la comunicación comercial se efectúa por correo electrónico, que se ofrezca la posibilidad de oponerse a estos envíos a través de una dirección electrónica válida.

El artículo 21 de la LSSI, según la reforma operada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, dispone:

“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”

A su vez, el apartado f) del Anexo de la LSSI, “Definiciones”, considera “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 tanto, el envío de comunicaciones comerciales que no reúnan alguno de los requisitos que exige el artículo 21 –esto es, por una parte, que hayan sido expresamente autorizadas, salvo que los datos de contacto del destinatario de la comunicación se hubieran obtenido por el prestador del servicio de forma lícita con ocasión de una relación contractual y los empleara para comunicaciones promocionales de productos de su propia empresa similares a los que fueron objeto de contratación inicial y, por otra, que ofrezcan al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento en cada comunicación que le dirijan- podría ser constitutivo de una infracción grave o leve, tipificadas, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la LSSI.

El artículo 38 de la LSSI, en su redacción actual tipifica como infracción grave *“El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o 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”.*

El artículo 38.4, considera 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”.*

III

El denunciante ha manifestado que desde meses antes de presentar su denuncia en la AEPD estaba recibiendo comunicaciones comerciales no deseadas de la denunciada. A tal fin nos ha facilitado la copia de varios correos electrónicos recibidos en *info@.....* e *info.c@.....* en fechas 11/06/2013, 07/02/2014 y 17/03/2014 que se enviaron desde *datos@.....* con información publicitaria sobre los productos comercializados por TURISMÚSICA.

En todas las comunicaciones publicitarias que el denunciante recibió de la denunciada de las que ha adjuntado copia existe un enlace a una dirección electrónica para solicitar la baja de los datos. El enlace va precedido de la siguiente indicación: *“Si no desea recibir más mensajes de este remitente puede darse de baja: mailto:borrar@.....”.*

Por tanto, las comunicaciones comerciales enviadas por TURISMÚSICA al denunciante sin su consentimiento sobre las que versa la presente denuncia fueron

respetuosas con la previsión del artículo 21.2 de la LSSI que obliga al prestador del servicio a ofrecer al destinatario en todas las comunicaciones que envíe la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales a través de un medio sencillo y gratuito que necesariamente consistirá, cuando la comunicación comercial se realice a través del correo electrónico –como sucede en el asunto que nos ocupa- en “*la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho*”.

Resulta de lo expuesto que la valoración que compete efectuar a la AEPD acerca de si los hechos denunciados vulneran o no las disposiciones de la LSSI debe centrarse, exclusivamente, en si la entidad denunciada contaba con el consentimiento del afectado para el envío de los correos electrónicos promocionales.

La LSSI en su artículo 21.1 exige para que la remisión de estas comunicaciones sea ajustada a Derecho que el destinatario las hubiera solicitado o las hubiera autorizado expresamente; sin perjuicio de la dispensa prevista en el apartado 2 del precepto para el caso de que exista una relación contractual previa, el prestador hubiera obtenido los datos de forma lícita y las comunicaciones comerciales versen sobre productos o servicios de la misma empresa y sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación.

Tal excepción, artículo 21.2, no concurre en el presente caso pues el denunciante dice expresamente en su denuncia: “*jamás he tenido relación de ningún tipo con ellos*”.

Por lo que atañe a la autorización que el denunciante pudiera haber otorgado a la denunciada para que le remita las comunicaciones comerciales la carga de la prueba del citado consentimiento corresponde a la prestadora del servicio, TURISMÚSICA, y las investigaciones llevadas a cabo por la Inspección de Datos de la AEPD no han permitido obtener ninguna prueba del citado consentimiento.

El denunciante ha manifestado que solicitó a TURISMÚSICA a través del correo electrónico y telefónicamente la baja de sus datos pese a lo cual ha continuado remitiéndole correos publicitarios. Entre la documentación que ha aportado adjunta a la denuncia figura la copia de diversos correos electrónicos supuestamente enviados por él desde su webmaster a `datos@.....` y `turismusica@.....` en los que solicita que borren sus datos personales y advierte que jamás había autorizado el envío de publicidad y que no mantiene con ella ninguna relación contractual.

Sin embargo, el procedimiento ofrecido por la denunciada para oponerse al tratamiento de los datos con fines promocionales preveía el envío de un correo electrónico a la dirección, `borrar@.....`. Este procedimiento, según pudo comprobar el Inspector actuante, funciona y además ofrece la posibilidad de acreditar que se ha solicitado la baja. Así, en el Informe de Actuaciones de Investigación Previa el Inspector relata que solicitó a través de este medio la baja y que el sistema le informó de la remisión de un correo de confirmación a la cuenta del solicitante en la que se debía hacer click en el enlace para proceder a la baja.

Además, las solicitudes de baja se enviaron por el denunciante, presuntamente, desde la webmaster y no desde las direcciones electrónicas destinatarias de los correos publicitarios objeto de la presente denuncia (`info@.....` e `info.c@.....`).



Es especialmente relevante que el denunciante no haya aportado indicios razonables que acrediten que sus solicitudes de baja fueron recepcionadas por TURISMÚSICA. Recordemos que el Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007 (RLOPD), al regular los derechos ARCO determina que cuando el interesado no utilice el procedimiento establecido específicamente para el ejercicio de un derecho ARCO deberá utilizar un medio que permita acreditar el envío y la recepción de la solicitud (ex artículo 24.5)

Así las cosas resulta aplicable en la valoración de los hechos que nos ocupan el criterio seguido por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, en su Sentencia de 15/07/2011 (Rec. 256/2010), que resolvió el recurso interpuesto contra una resolución de la AEPD que sancionaba a la recurrente por una infracción grave de la LSSI y en la que afirma que *“ ha quedado acreditado que en cada uno de los mails remitidos se ponía en conocimiento del denunciante la posibilidad de oponerse a recibir nuevas comunicaciones ..sin que el denunciante hubiese activado tal sistema y ello pudo interpretarse como conformidad con los posteriores envíos”*.

En el presente caso, en el que el denunciante afirma haber recibido comunicaciones comerciales de TURISMÚSICA después de que solicitara el cese de estos envíos pero sin que haya aportado indicio razonable alguno que acredite el ejercicio del derecho de oposición, es plenamente aplicable el criterio de la Audiencia Nacional según el cual la denunciada pudo entender que la ausencia de oposición al primero de los mensajes suponía conformidad con el envío de los siguientes.

En este orden de ideas debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad de los principios de responsabilidad y presunción de inocencia. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*.

De acuerdo con este planteamiento, el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.”*

Asimismo, se debe tener en cuenta, en relación con el principio de presunción de inocencia lo que establece el artículo 137 de LRJPAC: *“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

En definitiva, la aplicación del citado principio impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo que acredite los hechos que constitutivos de la infracción y la responsabilidad



del presunto infractor.

Por tanto, ante la falta de indicios razonables de los que se infiera la recepción por la denunciada de la/s solicitud/es del denunciante oponiéndose al envío de nuevas comunicaciones comerciales ha de entenderse que los correos recibidos por éste con posterioridad al primero (esto es, los de fecha 07/02/2014 y 17/03/2014) fueron consentidos, razón por la que no entrañan una infracción del artículo 21 de la LSSI ni por ende dan lugar a la apertura de un expediente sancionador.

A tenor de la reflexión precedente, de los hechos que se denuncian únicamente el correo electrónico que el denunciante recibió el 11/06/2013 –esto es, el primero de los tres mails recibidos- podría ser constitutivo de una infracción del artículo 21 de la LSSI tipificada como infracción leve en el artículo el artículo 38.4.d).

Ahora bien, la LSSI en su artículo 45 fija para las infracciones leves un plazo de prescripción de seis meses, por lo que siendo el término inicial del cómputo del plazo el 11/06/2013 la infracción del artículo 38.4.d) habría prescrito el 11/12/2013, de modo que tampoco por este hecho procede la apertura de un expediente sancionador.

En consecuencia, a la luz de las consideraciones expuestas y de la documentación que obra en poder de esta Agencia, no procede en relación a los hechos que se denuncian la apertura de un expediente sancionador debiendo acordar el archivo de las presentes actuaciones.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **TURISMUSICA, S.L.**, y a **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.

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.



José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos