



Procedimiento N°: A/00414/2016

RESOLUCIÓN: R/00438/2017

En el procedimiento A/00414/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Don **C.C.C.**, vista la denuncia presentada por ROENCAR, S.L.U., y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 2 de junio de 2016 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por ROENCAR, S.L.U., en adelante el denunciante, en la que pone de manifiesto la recepción de un correo electrónico comercial, con fecha 13 de mayo de 2016, en la cuenta **D.D.D.** con origen en la dirección **A.A.A.** y dirigido a undisclosed-recipients (destinatarios ocultos), cuya copia aporta junto con sus anexos.

Dicho correo electrónico, tiene naturaleza comercial, adjuntando cinco archivos que promocionan la compra de materia prima para elaborar un helado de yogurt.

El denunciante indica que no ha tenido relación comercial previa con **C.C.C.**, en adelante el denunciado o RSC, ni con ninguna de las sociedades/marcas publicitadas en el mismo, no habiendo prestado su consentimiento a la recepción de acción publicitaria alguna.

Como respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, con fecha de 2 de junio de 2016, tiene entrada en esta Agencia un escrito del denunciante en el que aporta las cabeceras completas del correo electrónico aportado en su anterior escrito.

SEGUNDO: Del examen de la documentación aportada por el denunciante y de las actuaciones practicadas se desprende lo siguiente:

1. El denunciante recibió en la cuenta de correo **D.D.D.** como BCC: (destinatario oculto) un correo electrónico cuyas características se listan a continuación.

Número	Cuenta origen	Fecha
1	<u>A.A.A.</u>	13/05/2016

2. El correo electrónico analizado contiene información comercial referente a productos comercializados en los sitios web **www.E.E.E.**, **www.B.B.B.** y **www.F.F.F.**.
3. El correo electrónico no dispone de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida a través de la cual el destinatario pueda ejercitar el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales o revocar el



consentimiento inicialmente prestado para recibir este tipo de envíos por medios de comunicación electrónica.

Se ha comprobado que los enlaces [¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.](#) y [www.F.F.F.](#) llevan a la página principal de los sitios en cuestión, no habiéndose localizado en los mismos información sobre cómo ejercitar el derecho a oponerse al tratamiento de las señas electrónicas con fines promocionales.

Se ha comprobado que el enlace [¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.](#) lleva a una página que indica que el dominio expiró el 16/10/2016 y está pendiente de renovación o borrado.

4. El correo electrónico se envía desde una cuenta de Gmail que se incluye en la información comercial de cuatro de los archivos adjuntados a esa misma cuenta de correo electrónico del remitente del envío.
5. El dominio [E.E.E.](#) está registrado a nombre de Don **C.C.C.**, en lo sucesivo el denunciado o inculpado.
6. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, se recibe un escrito de Don **C.C.C.** en el que manifiesta en referencia a los hechos denunciados que:
 - 6.1. El origen del dato de la dirección de correo electrónico es como ya se le aclaró en su momento al denunciante, el correo se remitió por error al contestar a un mensaje con la opción 'contestar a todos', es decir: sin pretenderlo se remitió el mensaje a todos los destinatarios de un correo que habíamos recibido, en vez de enviarlo solo al remitente. Que no dispongo de ningún dato de tipo personal, ni profesional ni de ningún otro asociado a la cuenta de correo [D.D.D.](#)
 - 6.2. Que no existe ninguna relación contractual ni de ningún otro tipo con el titular de la referida cuenta de correo electrónico.
 - 6.3. Que FROZEN YOGURT es un producto (yogurt helado) y WAWEWI es una marca registrada propiedad del denunciado.
 - 6.4. Que el titular de la cuenta [D.D.D.](#) se puso en contacto con el denunciado a través de un despacho de abogados, y se le explicó el error sufrido, asegurándole que no había ninguna intención, ni en el pasado ni en el futuro, de ponerse en contacto con el titular ni con ninguna de las empresas o personas relacionadas, por lo que no volverían a recibir comunicación alguna. Acompaña copia de las respuestas que se les remitió.

Aporta copia de dos burofaxes con acuse de envío de 23/05/2016 y de 6/6/2016 a un representante legal contestando a su vez al burofax de éste de 20/5/2016, respondiendo que por error se envió un correo de respuesta a un proveedor contestando a todos los destinatarios incluidos en el mensaje original, clientes del citado proveedor.

TERCERO: Con fecha 7 de noviembre de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00414/2016. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado con fecha 10 de noviembre de 2016..

CUARTO: Con fechas 22 de noviembre y 7 de diciembre de 2016, se reciben en esta



Agencia escritos del denunciado comunicando lo siguiente: se reitera en que el correo electrónico se envió a un proveedor con el que mantienen una relación contractual, pero por error se envió con la opción 'contestar a todos' recibiendo también el denunciante. Ya se le ha aclarado lo que sucedió.

Informan de la adopción de las siguientes medidas correctoras en evitación de que vuelva a repetirse una situación semejante:

1. Inserción en los correos electrónicos de un mecanismo de oposición.
2. Comprobación de libretas de direcciones de correo acumuladas en el programa de correo electrónico, para eliminar aquellas que no tienen relación profesional con esta empresa.
3. Verificación del destinatario del correo para evitar la emisión de correos con múltiples destinatarios no deseados.

HECHOS PROBADOS

UNO.- El denunciante recibió en fecha 13 de mayo de 2016 en su cuenta de correo [D.D.D.](#), una comunicación comercial procedente de la dirección [A.A.A.](#), dirigido a undisclosed-recipients (destinatarios ocultos).

DOS.- El correo electrónico de fecha 13 de mayo de 2016 incluye información comercial referente a productos comercializados en los sitios web [www. E.E.E.](#), [www. B.B.B.](#) y [¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.](#)

TRES.- Don **C.C.C.** manifestó que el origen de la dirección de correo del denunciante fue contestar a un mensaje recibido con la opción 'contestar a todos', es decir: sin pretenderlo se remitió el mensaje de respuesta de un correo electrónico que se había recibido a todos los destinatarios ocultos, en vez de enviarlo solo al remitente con el que se mantiene una relación contractual.

CUATRO.- No existe ninguna relación contractual ni de ningún otro tipo entre el denunciado remitente del envío y el denunciante receptor de la comunicación comercial citada.

CINCO.- El correo electrónico de fecha 13 de mayo de 2016 donde se promociona la venta de helado de yogurt no dispone de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde el destinatario del correo electrónico pueda dirigirse para solicitar el cese de los envíos.

SEIS.- El denunciado en su escrito de 13 de diciembre de 2016 manifestó que ha procedido a adoptar medidas correctoras eliminando los correos electrónicos de los destinatarios con los que no tenga relación profesional e insertando un mecanismo de oposición en los correos electrónicos, y verificando el destinatario de los envíos para evitar la remisión, por error, de correos con múltiples destinatarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El segundo párrafo del artículo 43.1 de la LSSI establece que *“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, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

II

En el presente caso se imputa a Don **C.C.C.**, la comisión de una 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), que 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.”

III

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21 de la LSSI la remisión de comunicaciones comerciales por medios de comunicación electrónica requiere la autorización previa y expresa del destinatario o la existencia de una relación comercial previa de servicios similares a los ofrecidos en la citada comunicación entre el remitente y destinatario.

En este caso no se cumplen dichos requisitos, debiendo declararse que Don **C.C.C.** ha vulnerado lo dispuesto en el art. 21.1 de la LSSI al remitir una comunicación comercial promocionando la compra de materia prima para elaborar un helado de yogurt sin contar con la autorización previa y expresa del destinatario de la misma, recuérdese que el denunciado accede a la cuenta de correo **D.D.D.** debido a que es



destinatario junto al denunciante de un correo electrónico remitido por un tercero .

En cuanto al medio de oposición que prevé el apartado 2 del citado art. 21 LSSI, se ha comprobado que el envío denunciado no incluía una dirección de correo electrónico o una dirección electrónica válida para poder oponerse a la recepción de nuevos envíos en las señas electrónicas de destino del mensaje o, en su caso, revocar el consentimiento inicialmente prestado a la recepción de comunicaciones comerciales por medios electrónicos

IV

La citada infracción se encuentra tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, que califica 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.”*

En el presente caso estamos ante la comisión de una infracción leve, en la medida en que el envío de una única comunicación comercial sin mediar autorización del destinatario y sin incluir cláusula de baja no puede considerarse como un envío de masivo de comunicaciones comerciales.

V

A los efectos de acordar la resolución procedente debe tenerse en cuenta lo previsto para la moderación de las sanciones en los artículos 39 bis y 40 de dicha norma, añadido a raíz de la modificación operada en la LSSI, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 39 bis Moderación de sanciones

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.”

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.

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 y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”

A la vista de lo previsto en el apartado segundo del artículo 39 bis de la LSSI, esta Agencia considera que en este supuesto 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 art. 39.2 bis y, por otro lado, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado, teniendo en cuenta la concurrencia significativa de varios de los criterios contemplados en el artículo 40 de dicha norma. En particular, las circunstancias derivadas de la remisión de una única comunicación comercial, con falta de constancia de la existencia de perjuicios causados al destinatario del correo electrónico (criterio d), y falta de constancia tanto de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción (criterio e) como de que el volumen de facturación del denunciado se haya visto afectado a raíz del envío de la comunicación comercial no autorizada objeto de denuncia.

VI



Ahora bien, en el presente supuesto, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el art. 39 bis 2 LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida alguna a adoptar por la entidad denunciada, pues como se ha puesto de manifiesto en el Hecho Probado Seis, el denunciado ya ha adoptado medidas correctoras para evitar que vuelva a producirse la situación denunciada.

En este sentido conviene traer a colación lo dispuesto en las Sentencia de la Audiencia Nacional 455/2011 de fecha 29/11/2013 Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica advierte que “no constituye una sanción” y que se trata de “medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción” que sustituyen a la sanción.

La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD 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 ya sea el previsto en la LOPD, ya sea el previsto en la LSSI (como ocurre en el presente caso), como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella y cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando éstas ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) referente a los supuestos en los que el denunciado ha adoptado las medidas correctoras oportunas, de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento (**A/00414/2016**) instruido a Don **C.C.C.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción el artículo 21 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4. d) de la citada norma.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **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 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 los artículos 112 y 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