Procedimiento Nº: A/00003/2019

RESOLUCIÓN: R/00178/2019

En el procedimiento A/00003/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad PROSAD CONSULTORES, S.L. (INFORMATICA OCASION), vista la reclamación presentada por D. ***A.A.A.*** (en lo sucesivo el reclamante), y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: El 18/07/2018 tiene entrada en la Agencia Española de Protección de Datos escrito del reclamante. La reclamación se dirige contra PROSAD CONSULTORES, S.L. (INFORMATICA OCASIÓN), con CIF ***B64106198***, (en lo sucesivo PROSAD), por los siguientes hechos: que recibe correos electrónicos no deseados de la empresa PROSAD en las direcciones ******EMAIL.1*** y ******EMAIL.2***. Que ha solicitado la baja según el procedimiento que se indica en los citados correos (remitiendo solicitud a la dirección especificada en los mismos). El sistema le ha devuelto la solicitud de baja, indicando que no se puede entregar en el buzón destinatario.

Y, entre otra, anexa la siguiente documentación:

- Copia del correo electrónico en el que se ofrecen productos informáticos, recibido con fecha 09/07/2018, en la dirección de correo ******EMAIL.1***, remitido desde la dirección ******EMAIL.3.*** En el correo se indica que para solicitar la baja se remita un correo a la dirección remitente.
- Copia del correo electrónico remitido con fecha 10/07/2018, desde la dirección de correo ******EMAIL.1***, a la dirección ******EMAIL.3,*** solicitando la baja.
- Copia del correo que remite el sistema, en relación con el anterior, en el que se informa que no se puede entregar en el buzón destinatario.
- Copia del correo electrónico en el que se ofrecen productos informáticos, recibido con fecha 14/07/2018, en la dirección de correo ******EMAIL.2***, remitido desde la dirección ******EMAIL.4.*** En el correo se indica que para solicitar la baja se remita un correo a la dirección remitente.
- Copia del correo electrónico remitido con fecha 16/07/2018, desde la dirección de correo ******EMAIL.2,*** a la dirección ******EMAIL.3***, solicitando la Baja.
- Copia del correo que remite el sistema, en relación con el anterior, en el que se informa que no se puede entregar en el buzón destinatario.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante de los que ha tenido conocimiento esta Agencia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, de conformidad con lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD).

Con fecha 26/09/2018, se da traslado de la reclamación al titular de la dirección web www.informaticaocasion.es., en el marco de las actuaciones 5570/2018

Con fecha 25/10/2018, se da contestación al traslado, informando de que:

1. La empresa es titular del dominio **www.informaticaocasion.es**, y no utiliza correos electrónicos para publicitar sus servicios.

2. Las direcciones de correo remitentes de los correos pertenecen al dominio **www.informatica-ocasion.eu** de la que la empresa no es titular, ni tampoco del número de teléfono que figura en los correos.

Con fecha 11/11/2018, se inician las siguientes actuaciones de investigación:

Se verifica que en la página **web ***URL.1**, consta como dirección del titular la ***DIRECCION.1, con CIF **B64106198.**

Se verifica en el Registro Mercantil que el CIF indicado corresponde a la empresa **PROSAD CONSULTORES S.L.** y el domicilio coincide con el indicado en la página web.

Con fecha 16/11/2018, se remite requerimiento de información a la empresa **PROSAD CONSULTORES S.L.** El escrito se devuelve por el Servicio de Correos con la anotación de *"Ausente".*

Con fecha 21/12/2018, se remite de nuevo el requerimiento de información a **PROSAD CONSULTORES S.L.,** en este caso la notificación se realiza electrónicamente a través de *@notifica.* El sistema informa de que el requerimiento no ha sido entregado en la empresa.

Con fecha 15/01/2018, se comprueba la existencia de la página web www.prosadconsultores.es que oferta productos de informática, como mayorista. En la citada página figura como dirección del titular: *****DIRECCION.2*.
Con fecha 15/01/2018, se remite el requerimiento de información a la dirección indicada en el punto anterior.

TERCERO: Con fecha 06/02/2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar, procedimiento de acuerdo previo al apercibimiento a PROSAD por presunta infracción del artículo 21 de la 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 dicha norma, de acuerdo con el artículo 39 bis, 2 de dicha Ley.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio y transcurrido el plazo correspondiente PROSAD no formuló escrito de alegaciones.

QUINTO: En el presente procedimiento han quedado acreditado los siguientes:

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: El reclamante presentó escrito de 18/07/2018 en la AEPD en el que declara haber recibido correos electrónicos no deseados de la empresa PROSAD, habiendo solicitado la oposición a la recepción de los mismos de conformidad con el procedimiento especificados en los propios correos remitidos.

SEGUNDO: Constan aportados copias de los correos electrónicos recibidos desde la dirección ******EMAIL.2*** a la dirección ******EMAIL.1*** cuya titularidad corresponde al reclamante en fechas 09/07/2018, , 14/07/2018, 16/07/2018 cuyo contenido es de tipo comercial.

TERCERO: Constan aportadas copias de los correos electrónicos remitidos desde la ***dirección ***EMAIL.1*** a la dirección ******EMAIL.2*** en fechas 10/07/2018 oponiéndose a la recepción de correos comerciales.

CUARTO: Consta que el 11/11/2008 el inspector actuante verificó que la web ******URL.1***, consta como dirección de su titular en la ******DIRECCION.1***, con CIF ***B64106198***.

En el Registro Mercantil Central el CIF corresponde a la empresa PROSAD y el domicilio inscrito coincide con el indicado en la página web.

QUINTO: PROSAD no ha contestado a los requerimientos de información realizados por la AEPD el 16/11/2018 y el 21/12/2018.

Se verifica que la página web www.prosadconsultores.es oferta productos de informática. En la citada página figura como dirección del titular: ***DIRECCION.2, remitiéndose requerimiento de información a la citada dirección con el mismo resultado que los anteriores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el 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).

II

En el presente caso, se atribuye a PROSAD la infracción del artículo 21.1 de la 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".

Por otra parte, en el apartado 2 del citado artículo se dispone:

"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 otra parte, el artículo 22.1 de la LSSI establece que:

"El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. 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.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos"

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."

De las actuaciones practicadas ha resultado que la entidad denunciada remitió comunicaciones de tipo comercial por medios electrónicos a la cuenta de correo del reclamante tras haber solicitado éste la oposición a la recepción de las mismas.

La citada conducta 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, la infracción del artículo 21.1 de la LSSI que se imputa a PROSAD ha de calificarse como infracción leve, considerando el número de mensajes comerciales remitidos al reclamante.

III

En 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 concurran 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 y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes."

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado teniendo en cuenta el número de correos remitidos y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario de los mensajes y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

IV

De lo expuesto y de conformidad con lo señalado en el artículo 39 bis, 2 de la LSSI, se requiere a la entidad reclamada para que adopte las medidas oportunas tendentes a evitar que se vuelva a vulnerar la prohibición de envío de comunicaciones comerciales que no hubieran sido expresamente solicitadas o sin darse algún supuesto que permite el art. 21 de la LSSI.

Se advierte a PROSAD que las medidas indicadas en el párrafo anterior deberán adoptarse por la entidad y comunicarlas a la AEPD, pues de no hacerlo podría incurrir en infracción muy grave tipificada en el artículo 72.1.m) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), en relación con el artículo 58.2 del RGPD.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. APERCIBIR a la entidad PROSAD CONSULTORES S.L. (INFORMATICA OCASIÓN), con CIF ***B64106198***, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis.2 de la LSSI, en relación con la infracción del artículo 21.1 de la citada norma, tipificada como leve en su artículo 38.4. d).

2. REQUERIR a la entidad PROSAD CONSULTORES, S.L. (INFORMATICA OCASIÓN), con CIF ***B64106198***, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 bis 2 de la LSSI para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución:

2.1. CUMPLA lo previsto en el artículo 21.1 de la LSSI para lo que se insta a la entidad denunciada a implementar las medidas necesarias, para evitar que vuelva a producirse la infracción cometida.

2.2. INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando los documentos u otros medios de prueba en los que se ponga de manifiesto su cumplimiento.

3. NOTIFICAR el presente Acuerdo a la entidad PROSAD CONSULTORES S.L. (INFORMATICA OCASIÓN).

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