



Procedimiento N°: A/00121/2017

RESOLUCIÓN: R/01738/2017

En el procedimiento A/00121/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **AYUDA-T, UN LUGAR TODAS LAS SOLUCIONES S.L.**, vista la denuncia presentada por Dña. **A.A.A. (PENTA ASESORES LABORALES S.L.)** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 17 de octubre de 2016 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **PENTA ASESORES LABORALES S.L.**, en adelante el denunciante, cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

1. Recibe correos electrónicos en su cuenta ***EMAIL.1 con origen en las direcciones ***EMAIL.2 y ***EMAIL.3
2. No ha solicitado o autorizado previamente los envíos.
3. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios continúa recibiendo correos electrónicos.

La denuncia aporta copia de los correos electrónicos recibidos junto con sus cabeceras completas.

SEGUNDO: Del examen de la documentación aportada por el denunciante se desprende lo siguiente:

1. El denunciante aporta copia de 3 correos recibidos en su cuenta de correo ***EMAIL.1 cuyas características se listan a continuación.

Número	Cuenta origen	Fecha
1	<u>***EMAIL.4</u>	9/10/2015
2	<u>***EMAIL.4</u>	24/11/2015
3	<u>***EMAIL.5</u> replay to: <u>***EMAIL.6</u>	13/10/2016

Los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios de **AYUDA-T, UN LUGAR TODAS LAS SOLUCIONES S.L.** (en adelante AYUDA-T).

2. Los correos electrónicos procedentes de ***EMAIL.4 son de fechas 9 de octubre y

24 de noviembre de 2015, por lo que la presunta infracción por envío de comunicaciones comerciales sin consentimiento estaría prescrita.

3. El correo electrónico remitido desde ***EMAIL.5 dispone de un enlace donde pueda ejercitarse el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales o revocar el consentimiento que prestado previamente para el envío de los mensajes.

Al pie del correo electrónico incluye la siguiente cláusula informativa: *“En cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, le informamos de que cuantos datos personales no facilite quedarán incorporados y serán tratados en los ficheros titularidad de CALRIMARKET con el fin de gestionar, administrar y mantener los servicios prestados y/o contratados, así como para mantenerle informado, incluso por medios electrónicos, sobre cuestiones relativas a la actividad de la compañía y sus servicios.”*

4. El dominio clarimarket.eu no está registrado por ninguna entidad.
5. El dominio ***URL.1 está registrado por **CLARIMARKET S.L.**

El sitio web ***URL.1 se identifica a **CLARIMARKET, S.L.**, como responsable del mismo, e informa de que son una empresa especializada en la comunicación empresarial suministradora de servicios para ayudar a la prospección de nuevos mercados y captación de nuevos clientes y disponen de herramientas eficaces, para que a sus clientes les sea más fácil cumplir los objetivos de ventas.

6. La dirección IP que identifica el ordenador origen de los correos denunciados está asignada a una empresa ubicada en USA.
7. Se ha requerido por la inspección de datos información a **CLARIMARKET, S.L.** mediante escrito de fecha de salida 19 de diciembre de 2016 al domicilio social, siendo devuelto por el servicio de correos anotando como motivo de la devolución “desconocido”. Se ha vuelto al requerir mediante escrito de fecha de salida 27 de febrero de 2017 remitido a la dirección postal que consta en la página web de la entidad siendo devuelto por el mismo motivo.
8. Se ha requerido por la inspección de datos información a AYUDA-T mediante escrito de fecha de salida 19 de diciembre de 2016 siendo entregado a su destinatario con fecha 19 de diciembre de 2016 no habiendo recibido respuesta al mismo.

Se ha requerido nuevamente información a AYUDA-T mediante escrito de fecha de salida 27 de febrero de 2017 siendoe entregado a su destinatario con fecha 1 de marzo de 2017 sin obtener respuesta.

Con fecha 29 de marzo de 2017 se ha mantenido una conversación telefónica con un representante de AYUDA-T al cual se le ha enviado nuevamente, a su petición, mediante correo electrónico copia del escrito de requerimiento de información, teniendo entrada con fecha 3 de abril de 2017 escrito de respuesta en el que manifiestan lo siguiente:

- 8.1. El correo se envió desde la empresa CLARIMARKET, S.L., la cual fue subcontratada por la empresa IBERIS GLOBAL MEDIA, S.L. (en adelante IBERISDATA), esta última mencionada es con la que sí tienen un contrato para la realización de actividades de carácter publicitario de diversa índole. Aportan



copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre AYUDA-T e IBERISDATA y copia del contrato suscrito entre IBERISDATA y CLARIMARKET, S.L.

- 8.2. En el primer contrato AYUDA-T da el consentimiento *“Para la realización de la campaña IBERISDATA podrá subcontratar la realización de los envíos a terceros, que reúnan las plenas garantías para realizar los envíos cumpliendo la normativa española referente a la LOPD y LSSI 34/2002. Esta garantía consistirá en la existencia de un contrato escrito exigido al tercero, que reúna estos cumplimientos.”*

Así mismo se establece en la estipulación 1 DESCRIPCION DEL SERVICIO que: *“BERISDATA se compromete a realizar las gestiones necesarias para llevar a cabo todas as acciones necesarias para ejecutar mes a mes la campaña de marketing para AYUDAT mediante el envío de correo electrónico. AYUDA-T a su vez, se compromete a abonar como contraprestación la cantidad estipulada mes a mes. IBERISDATA realizará la campaña de marketing siguiendo todas las instrucciones que reciba de AYUDA-T y de acuerdo a sus requerimientos.*

AYUDA-T no facilitará a IBERISDATA ninguna dirección de correo electrónico a la que enviar las comunicaciones.

Consta en las OBLIGACIONES DE LAS PARTES que es obligación de AYUDA-T entregar a IBERISDATA en tiempo (min 48 horas de antelación) y forma el contenido de la comunicación a enviar y los criterios de segmentación de los destinatarios deseados.

- 8.3. Consta en el contrato suscrito entre IBERISDATA con la empresa CLARIMARKET: *“6. Que en base a lo anterior, es de interés de IBERISDATA contratar los servicios de CLARIMARKET, S.L., para una o varias campañas de uno o varios clientes, que puedan surgir desde la fecha del presente contrato, con la finalidad de realizar el envío de las comunicaciones comerciales a través de correo electrónico, cumpliendo todos los requisitos establecidos por la normativa de protección de datos y la ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico vigentes en España.”*

TERCERO: Con fecha 6 de abril de 2017, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00121/2017 con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI), con relación a la denuncia por infracción de su artículo 21.1, tipificada como leve en el artículo 38.4.d). Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

CUARTO: Con fecha 19/05/2017 se recibe en esta Agencia escrito de AYUDA-T en el que comunica:

“...Que desde la fecha 13 de octubre de 2016, la empresa PENTA ASESORES LABORALES, S.L. no ha recibido ninguna comunicación comercial más de CLARIMARKET, S.L., ni de AYUDA-T, UN LUGAR TODAS LAS SOLUCIONES, SL.

SEGUNDA.- En el apartado 2 del aviso legal de nuestra página web (...) como en nuestros correos electrónicos, se encuentra habilitado el procedimiento para que cualquier persona, tanto física como jurídica, pueda proceder, de forma sencilla y gratuita, a la revocación del consentimiento prestado en relación al envío de nuestras comunicaciones...”

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 17 de octubre de 2016 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, denuncia interpuesta por la denunciante, cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

1. Recibe correos electrónicos en su cuenta ***EMAIL.1 con origen en las direcciones ***EMAIL.2 y ***EMAIL.3
2. No ha solicitado o autorizado previamente los envíos.
3. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios continúa recibiendo correos electrónicos.

La denuncia aporta copia de los correos electrónicos recibidos junto con sus cabeceras completas.

SEGUNDO: Del examen de la documentación aportada por el denunciante se desprende lo siguiente:

1. El denunciante aporta copia del correo recibido en su cuenta de correo ***EMAIL.1 cuyas características se listan a continuación.

Número	Cuenta origen	Fecha
1	<u>***EMAIL.5</u> replay to: <u>***EMAIL.6</u>	13/10/2016

El correo electrónico contienen información comercial referente a productos y servicios de AYUDA-T.

2. El correo electrónico remitido desde ***EMAIL.5 dispone de un enlace donde pueda ejercitarse el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales o revocar el consentimiento que prestado previamente para el envío de los mensajes.

Al pie del correo electrónico incluye la siguiente cláusula informativa: “*En cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, le informamos de que cuantos datos personales no facilite quedarán incorporados y serán tratados en los ficheros titularidad de CALRIMARKET con el fin de gestionar, administrar y mantener los servicios prestados y/o contratados, así como para mantenerle informado, incluso por medios electrónicos, sobre cuestiones relativas a la actividad de la compañía y sus servicios.”*

TERCERO: Con fecha 19/05/2017 se recibe en esta Agencia escrito de AYUDA-T en el que comunica:

“...Que desde la fecha 13 de octubre de 2016, la empresa PENTA ASESORES LABORALES, S.L. no ha recibido ninguna comunicación comercial más de CLARIMARKET, S.L., ni de AYUDA-T, UN LUGAR TODAS LAS SOLUCIONES, SIL.

SEGUNDA.- En el apartado 2 del aviso legal de nuestra página web (...) como en nuestros correos electrónicos, se encuentra habilitado el procedimiento para que cualquier persona, tanto física como jurídica, pueda proceder, de forma sencilla y gratuita, a la revocación del consentimiento prestado en relación al envío de nuestras comunicaciones...”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LSSI.

II

Los hechos expuestos suponen la comisión, por parte de AYUDA-T de una infracción del artículo 21.1 de la LSSI, que dispone:

Art. 21

“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.”

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.”*

III

El art. 19.2 de la LSSI, establece: *“En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, 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.*

Así mismo el artículo 46.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (RLOPD) aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, establece: *“En caso de que una entidad contrate o encomiende a terceros la realización de una determinada campaña publicitaria de sus productos o servicios, encomendándole el tratamiento de determinados datos, se aplicarán las siguientes normas:*

- a) Cuando los parámetros identificativos de los destinatarios de la campaña sean fijados por la entidad que contrate la campaña, ésta será responsable del tratamiento de los datos.*
- b) Cuando los parámetros fueran determinados únicamente por la entidad o entidades contratadas, dichas entidades serán las responsable del tratamiento.*
- c) Cuando en la determinación de los parámetros intervengan ambas entidades, serán ambas responsables del tratamiento.”*

En este caso, en el contrato suscrito ente AYUDA-T e IBERISDATA consta en las obligaciones de las partes: *“...que es obligación de AYUDA-T entregar a IBERISDATA en tiempo (min 48 horas de antelación) y forma el contenido de la comunicación a enviar y los criterios de segmentación de los destinatarios deseados...”* Así la cosa, AYUDA-T debe ser considerada responsable del tratamiento de los datos utilizados en la campaña publicitaria y en consecuencia responsable del envío de las comunicaciones comerciales al haber gestionado su envío que tiene la consideración de servicio de la sociedad de la información.

AYUDA-T ha de ser considerada prestador del servicio a los efectos de aplicación del régimen sancionador establecido en la LSSI, por cuanto es la empresa que decidió realizar la campaña publicitaria y delimitó el colectivo de personas a que debía remitirse, es decir decidió sobre el contenido y uso de las comunicaciones comerciales.



IV

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 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.”

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 que la infracción se refiere a la remisión de una única comunicación comercial y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario de los mensajes.

En el presente caso, ha quedado acreditado que AYUDA-T ha comunicado a esta Agencia las medidas correctoras adoptadas. Teniendo en cuenta estas circunstancias, procede el archivo del presente procedimiento, en armonía con la doctrina de la Audiencia Nacional recogida, entre otras, en su SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011).

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR (A/00121/2017) a AYUDA-T, UN LUGAR TODAS LAS SOLUCIONES S.L. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2, de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 21.1, tipificada como leve en el artículo 38.4.d).

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **AYUDA-T, UN LUGAR TODAS LAS SOLUCIONES S.L.** y a Dña. **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 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