

Procedimiento Nº: A/00242/2018

RESOLUCIÓN: R/01646/2018

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **VALERO BUFETE ABOGADOS, S.L.P.**, en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.**, en representación de la entidad **OUTLET DE SALUD Y BELLEZA, S.L.U.**, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 30 de enero de 2018, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de **D. A.A.A.** en el que, en nombre y representación de la entidad **OUTLET DE SALUD Y BELLEZA, S.L.U.** (en lo sucesivo, el denunciante), formula denuncia contra la entidad **VALERO BUFETE ABOGADOS, S.L.P.** (en adelante, **VALERO**) por haber recibido un correo electrónico comercial en su dirección *****EMAIL.1**, relativo a cláusulas suelo y otras reclamaciones bancarias, sin jamás haber autorizado a recibir boletines de noticias de esta entidad, en especial en la dirección indicada, la cual se reserva para la gestión de pedidos de clientes del denunciante. Se denuncia que se ha llamado a **VALERO** a fin de preguntar por qué esta dirección de correo electrónico está incluida en su lista de distribución y la respuesta fue que tienen derecho a incluirles porque “hacemos publicidad de nuestra web en Internet”.

Adjunto a la denuncia, se aporta copia del correo electrónico recibido en la citada dirección, de fecha 30 de enero de 2018, junto con sus cabeceras completas.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se tiene conocimiento de los siguientes hechos:

1. El denunciante recibe, en su cuenta *****EMAIL.1**, un correo electrónico procedente del dominio *susasesoresjuridicos.com*, el día 30 de enero de 2018. El citado correo electrónico ofrece los servicios de **VALERO BUFETE ABOGADOS, S.L.P.** y al final figura la leyenda “(...) *En cumplimiento de lo establecido por la LOPD 15/1999 le comunicamos que los datos personales contenidos en esta comunicación han sido recogidos de los contactos mantenidos por Ud. con personal de nuestra empresa o de fuentes accesibles al público, y han sido incorporados a un fichero de contactos cuya finalidad es la de mantener con usted relaciones comerciales y/o profesionales. Podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante el Responsable del Fichero en la dirección Av. Francesc Macia 51, 2º, 2ª -08800- Vilanova i La Geltrú o en info@vysabogados.com debiéndose*

identificar mediante DNI, Pasaporte o Tarjeta de Residencia.”

2. En fecha 22 de mayo de 2018, en respuesta a la solicitud de información realizada por la Subdirección General de Inspección de Datos, se recibe escrito de VALERO BUFETE ABOGADOS, S.L.P. en el que el representante de esta entidad manifiesta, en relación con los hechos denunciados, lo siguiente:
 - Respecto al correo electrónico denunciado, se desprende de forma expresa su carácter comercial, de acuerdo a lo que regula el artículo 96.1 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) donde se regula que “en todas las comunicaciones comerciales a distancia deberá constar inequívocamente su carácter comercial”.
 - La legislación actual expone que no se necesitará la autorización de los clientes para enviar publicidad siempre que se cumpla con el requisito de la existencia de una relación contractual previa y que la publicidad que se haya emitido consista en productos o servicios de la misma empresa, siendo similares a los que el cliente adquirió de forma previa.
 - Desde el despacho se ha podido constatar con el personal encargado del envío que se remitió dicha información por una petición telefónica recibida, a consulta sobre cláusulas abusivas, exponiendo que nos habían visto por internet ofreciendo nuestros servicios en esta área, y que deseaban que les enviáramos información. Como es habitual, se solicitó en la llamada un email para remitirla, y el email fue *****EMAIL.1**, salvo error del personal al transcribir. No obstante, la entidad requerida no adjunta documentación alguna que sustente sus afirmaciones.
 - Del precepto 96.4 segundo párrafo LGDCU, se desprende que “el cliente debe ser informado en cada una de las comunicaciones comerciales de los medios sencillos y gratuitos para oponerse a recibirla”. En el correo denunciado, en la parte inferior derecha expone que “Si no quiere seguir recibiendo emails puede darse de baja”, lo cual deja sin validez ni justificación la denuncia interpuesta, ya que se cumplen los requisitos que regula la ley.
 - El mismo día que se envió el email, se solicitó por el afectado que se procediera a cursar su baja de las bases de datos por lo que el mismo día se procedía según lo solicitado, por lo que nunca ha recibido ninguna comunicación más por parte del despacho. No obstante, la entidad requerida no adjunta documentación alguna que acredite sus afirmaciones.
3. Los Servicios de Inspección señalan que VALERO BUFETE ABOGADOS, S.L.P. no ha sido sancionada ni apercibida por la Agencia Española de Protección de Datos por la comisión de infracciones previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI).

TERCERO: Con fecha 7 de junio de 2018, la Directora de esta Agencia acordó someter a VALERO BUFETE ABOGADOS, S.L.P. a trámite de audiencia previa, en



relación con la denuncia por infracción del artículo 21, apartado 1, de la 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI), tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la mencionada Ley.

CUARTO: Con fecha 7 de agosto de 2018, en respuesta al requerimiento efectuado por esta Agencia, se recibe un escrito de **D. A.A.A.** en el que, en nombre y representación de la entidad OUTLET DE SALUD Y BELLEZA, S.L.U., comunica que “con posterioridad a la fecha de referencia no se ha recibido ninguna comunicación adicional a la ya denunciada”.

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

El artículo 37 de la LSSI establece como sujetos sobre los que impone su régimen sancionador a “*los prestadores de servicios de la sociedad de la información*”.

Para determinar qué sujetos se ajustan a dicha definición, ha de acudirse a lo dispuesto en el Anexo de la citada ley, que define al “*Prestador de servicios*” como “*la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información*”. Lo que se completa con la definición que sobre “*Servicios de la sociedad de la información o servicios*” ofrece el apartado a), del Anexo:

“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

- 1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
- 2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
- 3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
- 4. El envío de comunicaciones comerciales.*

5. El suministro de información por vía telemática.”

III

Por su parte, el artículo 21 de la LSSI, señala lo siguiente:

“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.”

En el presente caso, la denunciada no ha acreditado que la comunicación remitida al denunciante hubiera sido solicitada o expresamente autorizada. 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.”*

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.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en el citado apartado 2 del artículo 39 bis, dado que se observa que la presunta infracción de la LSSI del denunciado constituiría una infracción “leve”; que la entidad denunciada no ha sido sancionada o apercibida por la Agencia Española de Protección de Datos en ninguna ocasión anterior; y que concurre el supuesto previsto en el artículo 39 bis 1.a) de la LSSI, toda vez que se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la denunciada teniendo en cuenta la concurrencia significativa de las circunstancias derivadas de la falta de constancia de que se hayan producido perjuicios al destinatario del correo electrónico a raíz de la infracción y que se trata del envío de una única comunicación comercial.

V

En todo caso, debe señalarse que, si bien se está ante una comunicación comercial no solicitada, ya que se remitió sin autorización expresa del destinatario, lo que significaría la concurrencia de una actuación infractora por parte de la entidad denunciada, ésta al tener noticia de los hechos aquí expuestos, ha comunicado a esta

Agencia que se ha procedido a dar de baja al denunciante del referido envío de comunicaciones comerciales.

Pues bien, en atención a las citadas circunstancias se considera necesario subrayar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de noviembre de 2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto advierte, a propósito de la naturaleza jurídica de esta figura, la cual pese a referirse al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) tiene plena aplicación al apercibimiento regulado por la LSSI, 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 (estas consideraciones deben entenderse hechas, por lo que aquí respecta, al artículo 39 bis, 2 de la LSSI) confiere a la Agencia Española de Protección de Datos 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 -como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella- cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando las medidas correctoras pertinentes ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho será acordar el Archivo de las actuaciones.

En el presente caso, y teniendo en cuenta las circunstancias descritas, este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir al denunciado a fin de que adopte las oportunas medidas correctoras.

Sin embargo, en base a los principios de intervención mínima y proporcionalidad que informan la capacidad de actuación de esta Agencia y teniendo en cuenta que las medidas correctoras que procedería imponer fueron ya adoptadas por iniciativa propia, en armonía con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) debe acordarse el **Archivo** de las actuaciones de investigación practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **VALERO BUFETE ABOGADOS, S.L.P.** y a D. **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 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 este 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