



Procedimiento N°: A/00288/2014

RESOLUCIÓN: R/00166/2015

En el procedimiento A/00288/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Dña. **E.E.E.**, vista la denuncia presentada por **PUBLIWEB SYSTEM S.L.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 7 de mayo de 2014 tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por Don **C.C.C.** (en adelante denunciante), en representación de la mercantil PUBLIWEB SYSTEM, S.L., cuya actividad es diseño y aplicaciones web, manifestando que ha recibido un e-mail publicitario, sin la autorización previa y expresa requerida por la LSSI, en la dirección < **H.H.H.**> desde la dirección < **A.A.A.**>, el día 2 de mayo de 2014 12:40h, con el Asunto: *One Touch bullet es el Robot de Cocina más práctico y fácil de usar! Batidoras, Licuadoras, Picadoras, Hornos de Convección y mucho más!*.

En el cuerpo del mensaje se publicitan diversos productos y al final del mensaje se informa de lo siguiente:

Solo enviamos información comercial en cumplimiento de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) y de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), (...). Su dirección de correo electrónico está incluida en nuestro fichero CAPRICHOSTV-YOURCAPRICES el cual está registrado en la AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (...).

Si no desea recibir más mensajes, procese la baja haciendo click en el formulario del final de la página.

Le agradecemos enormemente no realice la petición de baja, respondiendo a este correo o mediante el envío de mail a nuestras direcciones de correo electrónico de atención al cliente, pedidos, servicio postventa, etc., ya que no es posible por nuestra parte procesar la baja de forma efectiva.

Si quisiera dejar de recibir este Newsletter puede darse de baja [aquí](#)

Se adjunta impresión de pantalla del mensaje y de las cabeceras.

El denunciante remite escrito mediante correo electrónico, el día el día 2 de mayo de 2014, 14:15h, desde la dirección < **H.H.H.**> a las direcciones destinatarias < **A.A.A.**>, < **gestión@ A.A.A.**> e < **G.G.G.**>, con el Asunto: *Solicitud de ejercicio de DERECHOS ARCO de la vigente LOPD.* En el cuerpo del mensaje figura lo siguiente:

Por el presente SOLICITAMOS nos indiquen de que fuente han obtenido nuestro e-mail, autorización y motivo por el que nos envían publicidad no solicitada ni autorizada, porque NO LOS CONOCEMOS, NI SOMOS CLIENTES DE USTEDES.

PubliWeb System, S.L.

Se adjunta impresión de pantalla del mensaje.

La entidad da respuesta al denunciante, el día 2 de mayo de 2014 a las 20:26h, desde la dirección **<gestión@ A.A.A.>** para la dirección **< H.H.H.>**, con el Asunto: *RE: Solicitud de ejercicio de DERECHOS ARCO de la vigente LOPD*. En el cuerpo del mensaje figura lo siguiente:

Buenas tardes, En primer lugar quisiéramos pedirles disculpas por las molestias causadas al enviarle nuestro boletín.

En cumplimiento de la LOPD damos respuesta a su solicitud: el mail - H.H.H.- se ha obtenido de su página web.

De igual manera, siguiendo con el cumplimiento de la LOPD al deducir que no están interesados en seguir recibiendo nuestro boletín, procedemos a cancelar de nuestro fichero esta dirección de correo electrónico (H.H.H.).

Quedando a tu disposición para cuanto precise y reiterándole nuestras disculpas, reciban un cordial saludo.

Se adjunta impresión de pantalla del mensaje y de las cabeceras.

También, el denunciante aporta impresión de pantalla de la consulta realizada con objeto de identificar al titular del dominio **< A.A.A.>** , en la página web **<red.es>** del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, constando Dña. **F.F.F.**, con fecha de alta el 1 de diciembre de 2013 y de caducidad el 1 de diciembre de 2014.

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

1. Se ha verificado por parte de la Inspección de Datos que al acceder a la página web **< A.A.A.>** se visualiza el texto: *Para realizar tareas de mantenimiento nuestra tienda online estará inactiva temporalmente*. Dichas circunstancias se detallan en la Diligencia de fecha 4 de septiembre de 2014.
2. En el Registro General de Protección de Datos figura inscrito el fichero denominado "CAPRICHOSTV-YOURCAPRICES", con el código *****CÓD.1**, cuyo responsable es **D.D.D.**, con CIF: **I.I.I.**. Según se especifica en la Diligencia de fecha 1 de octubre de 2014.
3. La titular del dominio **< A.A.A.>** ha informado a la Inspección de Datos de la AEPD con fecha de 25 de septiembre de 2014, en relación con los hechos comunicados por el denunciante lo siguiente:

No disponen de consentimiento del titular de la dirección de correo electrónico **< H.H.H.>** para la remisión de la comunicación comercial, como así se le informó en la respuesta a la solicitud del derecho de acceso, ya que procede de la página web.

El único dato de que disponen del denunciante es la dirección de correo electrónico y no existe ninguna relación contractual. El denunciante solo recibió una comunicación y de forma inmediata, tras recibir su solicitud de información de procedencia de su dirección electrónica, procedieron a cancelarla.

En la comunicación indicaban de forma inequívoca información de protección de datos y llevaba habilitada una forma fácil y sencilla de darse de baja.

El titular del dominio **< A.A.A.>** es **E.E.E.**

El pasado 30 de junio han cesado la actividad empresarial online realizando la

comunicación pertinente de modificación tributaria ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria procediendo a archivar toda la documentación. En este sentido han destruido el resto de informaciones, catálogos, propuestas comerciales, comunicaciones, etc. de que disponían.

Añaden que el denunciante ha contactado, desde hace varios años, con la denunciada para ofrecer los servicios de la empresa PubliWeb System, S.L. Estos contactos siempre han sido posteriores a cualquier cambio que han realizado en la página web o en los momentos que han puesto en marcha tienda online, sin optar por su empresa. No pueden aportar ningún documento al respecto ya que los correos con dicha información no los han archivado por no ser de su interés.

Por otra parte, el denunciante en mayo de 2014 les solicitó en varias ocasiones que le indicaran la procedencia de varias direcciones de correo electrónico de su titularidad, en estas direcciones si figuraba su nombre, las cuales no disponían y en consecuencia nunca habían enviado ninguna comunicación. Así se lo hicieron saber, pero él insistió en reiteradas ocasiones, siempre dejando claro que las sanciones que recibirían serían elevadas. En la respuesta a todas la comunicaciones se le indicaba de forma clara y concisa que consideraban que era un chantaje por no contratar los servicios ofrecidos por él, a lo cual respondía insistiendo y no reconociendo las ofertas que les había realizado durante tiempo.

TERCERO: Con fecha 21 de octubre de 2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00288/2014.

Dicho acuerdo fue notificado a la persona denunciada con fecha 23 de octubre de 2014, sin que conste en el procedimiento que ésta haya efectuado alegaciones al respecto.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 2 de mayo de 2014 se remitió una comunicación comercial desde la cuenta de correo <A.A.A.> a la dirección de correo electrónico <H.H.H.>

SEGUNDO: . En dicha comunicación, que incluía un enlace para poder oponerse a la recepción de nuevos mensajes comerciales, se publicitaban diversos electrodomésticos de cocina comercializados por la remitente del envío.

TERCERO: Dña. F.F.F., que es titular del dominio <A.A.A.>, ha indicado a esta Agencia que obtuvo el dato del correo electrónico del denunciante de la página web del mismo. Dicha persona también ha reconocido que no existía una relación contractual previa con la mercantil PUBLIWEB SYSTEM, S.L. destinataria del envío denunciado.

CUARTO: La remitente ha indicado a esta Agencia que canceló la dirección de correo electrónico H.H.H. en sus sistemas con fecha 2 de mayo de 2014, lo que realizó en respuesta a la solicitud de información del denunciante sobre el origen de los datos

utilizados y la autorización de la que disponía para remitirle comunicaciones comerciales a dicha cuenta.

QUINTO: Con fecha 30 de junio de 2014 Dña. **F.F.F.** presentó ante la Agencia Tributaria, vía on line, “Declaración Censal simplificada” de baja en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores, habiéndose comprobado por esta Agencia con fechas 4 de septiembre de 2014 y 28 de enero de 2015 que la página web **www.A.A.A.s** de la denunciada estaba inactiva

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En primer lugar, debemos indicar que entre la remisión del envío denunciado y el Acuerdo de Audiencia Previa al Apercibimiento adoptado en el presente expediente se ha promulgado la Ley 9/2014, de 9 de mayo General de Telecomunicaciones, cuya Disposición Final Segunda introduce importantes modificaciones en la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, las cuales han de ser tenidas en cuenta en este procedimiento en virtud de la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable.

Conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española, *“La Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*. Y en este sentido constante jurisprudencia ha mantenido el principio de retroactividad de la ley sancionadora más favorable. Destacamos así la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1986 de 29 de octubre que señala refiriéndose al principio de retroactividad de la ley penal más favorable *“es que, además, dicho principio supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva”*.

Y en este sentido el artículo 128.2 de la ley 30/1992, de 28 de noviembre, dispone: *“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*, dado que, como señala el apartado 17 de su Exposición de motivos, es objeto de la misma la aplicación de *“los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”*.

En consecuencia, de conformidad con el anterior criterio jurisprudencial procede aplicar de forma retroactiva el actual régimen sancionador de la LSSI, al resultar en su conjunto más favorable que el vigente en el momento de la comisión de los hechos objeto de imputación.

De este modo, el segundo párrafo del artículo 43.1 de la vigente LSSI establece que *“igualmente, 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

El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española. El artículo 21 de la LSSI, en la redacción introducida por la citada Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, establece que:

“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.”

Es decir, se desautorizan las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, sin consentimiento expreso del destinatario, si bien esta prohibición encuentra su excepción en apartado 2 del citado artículo 21, que autoriza el envío de comunicaciones comerciales 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”*. De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

El artículo 19, apartado 2, de la LSSI preceptúa que *“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”.

Por tanto, en relación con el consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, en el artículo 3.h) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) que define el “consentimiento del interesado” como: *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.*

Asimismo resulta aplicable lo previsto en el artículo 45.1.b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que señala que cuando los datos se destinen a publicidad y prospección comercial los interesados a quienes se les solicite su consentimiento deberán ser informados *“sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad”*

Así las cosas, de acuerdo con dichas normas, el consentimiento, además de previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser plena y exacta acerca del sector de actividad del que puede recibir publicidad, con advertencia sobre el derecho a denegar o retirar el consentimiento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

III

Como ya se ha señalado, la LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo de la siguiente manera:

“f) 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”.

El concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, engloba todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o

profesional.

Por otro lado, la LSSI en su Anexo a) define “Servicio de la Sociedad de la Información” como *“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”. Añade el referido apartado que el envío de comunicaciones comerciales es un servicio de la sociedad de la información, siempre que represente una actividad económica.

Según el apartado d) del citado Anexo, destinatario es la *“persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”.* A su vez, la definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del mencionado Anexo, que considera como tal la *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”.*

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado, 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, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

IV

En el presente caso ha quedado acreditado que el mensaje comercial recibido por el denunciante el 2 de mayo de 2014 en su cuenta de correo electrónico **<H.H.H.>** procedente de la cuenta **<A.A.A.>** incumplía las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI, conforme prueban las propias manifestaciones de la denunciada al reconocer que la dirección de correo electrónico utilizada para la realización del envío se obtuvo de la página web del denunciante, y con arreglo a las cuales tampoco resulta de aplicación la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 de dicha norma por no existir una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío en cuestión.

La misma forma en que se ha declarado por la denunciada que se obtuvo la cuenta de correo electrónico del denunciante prueba que la comunicación comercial objeto de análisis no había sido solicitada previamente por su destinatario y que no mediaba una autorización previa y expresa del mismo para poder usar con fines publicitarios las señas electrónicas de contacto que aparecían en la página web, siendo ésta una acción que ha respondido únicamente a la voluntad de la denunciada de dar un uso publicitario a dicha información.

En conclusión, la posesión o conocimiento de una dirección de correo electrónico de un tercero no implica, incluso cuando aparezca difundida en páginas

web de Internet o figure incluida en bases de datos empresariales o tenga su origen en fuentes accesibles al público, considerando como tales las contempladas en el artículo 3.j) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal,- y entre las que se incluyen las *“listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo”*-, una autorización del titular de la dirección de correo electrónico en cuestión para recibir publicidad a través de medios de comunicación electrónica o similares, pues precisamente ese derecho a no recibir comunicaciones comerciales por esos medios que no hayan sido previamente solicitadas o expresamente autorizadas es el que protege el artículo 21 LSSI.

En este sentido se pronunciaba la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de febrero de 2013, Rec. nº 468/2011, al señalar en su Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente: *“Tal y como hemos indicado, entre otras, en las SSAN 19-2-2008 (Rec. 267/2006) y 14-11-2009 (Rec. 280/2008), se requiere para la remisión de mensajes por correo electrónico con fines de venta directa, el consentimiento previo e informado del abonado titular de la línea destinataria de los citados mensajes. Resulta por ello secundario el hecho de que la dirección de correo procediese de una base de datos con fines comerciales, pues lo relevante, a los efectos aquí analizados, es que tal afectado no haya otorgado su consentimiento previo a la entidad demandante para la remisión de los mismos.*

Interpretación que se realiza al amparo de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas, pues establece el artículo 13.1 de dicha Directiva que “Solo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo”.

De este modo , a la luz de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento cabe concluir que la denunciada ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar un correo electrónico de tipo comercial al denunciante sin contar con la autorización expresa o solicitud previa del mismo para ello, y sin que quepa aplicar la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 de dicha norma al no existir una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío en cuestión.

V

El artículo 38.4.d) de la LSSI califica como infracción leve *“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 lo actuado, ha quedado acreditado que la denunciada vulneró lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LSSI al remitir por medios electrónicos una comunicación comercial no consentida previa y expresamente por su destinatario, por lo que debe considerarse que ha incurrido en la infracción leve descrita en el citado artículo 38.4.d) de la LSSI.

VI

A los efectos de acordar la resolución procedente, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 39.bis de la LSSI que, 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.”

Trasladando la normativa expuesta al supuesto que nos ocupa, en primer lugar se observa que se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del artículo 39 bis 2 de la LSSI, ya que la infracción de la que se responsabiliza a la denunciada está calificada como leve en dicha norma y la denunciada no ha sido sancionada o apercibida por la AEPD en ninguna ocasión anterior por infringir dicha Ley. En segundo lugar, y con arreglo a lo previsto en el artículo 39 bis 1.a) de la LSSI, se aprecia una cualificada disminución de la culpabilidad de la denunciada al concurrir, de manera significativa, varias de las circunstancias descritas en el artículo 40 de la mencionada norma, en concreto los supuestos a), d) y e) del mismo al producirse una ausencia de intencionalidad en la conducta analizada, inexistencia de perjuicios alegados por la entidad destinataria del mensaje y falta de constancia de beneficios obtenidos por la denunciada a raíz de la comisión de la infracción.

Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos que nos ocupan, referidos a la remisión de una única comunicación comercial no consentida, justifica que la AEPD no haya acordado **la apertura de procedimiento sancionador a la denunciada optando por aplicar lo previsto en el artículo 39 bis 2 de la LSSI.**

Ahora bien, en el presente caso, 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 correctora alguna a adoptar por la denunciada, toda vez que ésta ha comunicado haber cancelado en sus sistemas la dirección de correo electrónico del denunciante. Es decir, esta Agencia no podría apercibir a la responsable del envío denunciado requiriéndole la adopción de medidas correctoras que evitasen el tratamiento de la cuenta de correo electrónico del denunciante con fines publicitarios, puesto que la infractora ya ha cancelado dicho dato con fecha 2 de mayo de 2014 para no dirigir nuevas comunicaciones comerciales por medios electrónicos al denunciante.

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que “*no constituye una sanción*”, tratándose de “*medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción*” que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD 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 la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

Como se ha señalado, en el asunto que examinamos la denunciada adoptó con diligencia las medidas correctoras necesarias para adecuar su conducta a las exigencias del artículo 21.1 de la LSSI, cancelando en sus ficheros el correo electrónico **H.H.H.** del denunciante, por lo que, teniendo en cuenta esta circunstancia y conforme al criterio de la Audiencia Nacional anteriormente señalado, no procede requerir la adopción de medida correctora alguna tendente a subsanar la situación irregular.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), y reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referente a los supuestos en los que **el denunciado ha adoptado las medidas correctoras oportunas** para subsanar la situación creada, de acuerdo con lo señalado **se debe proceder al archivo de las actuaciones.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. ARCHIVAR el procedimiento (A/00288/2014) seguido a Dña. **E.E.E.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación con la denuncia por infracción del artículo 21.1 de la LSSI.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Dña. **E.E.E.**

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **PUBLIWEB SYSTEM S.L..**

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 esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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.

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