



Procedimiento N°: A/00385/2014

RESOLUCIÓN: R/00758/2015

En el procedimiento A/00385/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por **B.B.B. - PUBLIWEB SYSTEM, S.L.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 20 de junio de 2014 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **B.B.B.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

1. El 18 de junio de 2014 recibió un correo electrónico no autorizado o solicitado remitido desde la cuenta **info@.....**, con información publicitaria referida a los productos comercializados por el sitio web www.ne-cap.com.

El correo no identifica su naturaleza publicitaria, a su remitente y no incluye la información sobre como solicitar la baja de la lista de destinatarios.

2. Desconoce al remitente, al que no ha autorizado el envío, y éste no dispone de página web ya que al acceder a grouponfactory.es no existe contenido sino que es la página de un sistema de envío masivo de correos electrónicos denominado "interspire email marketer".
3. El sitio web www.ne-cap.com, dedica a la venta online, no dispone de la información exigida por el artículo 10.1 de la LSSICE.
4. Además de ello, en sus formularios de contacto y de suscripción a boletín de noticias se recaban datos de carácter personal sin proporcionar la información requerida por el artículo 5 de la LOPD ya que aunque existe un enlace a la política de privacidad" al seguir dichos enlaces la página no existe.
5. El sitio web www.ne-cap.com tampoco dispone de una política de cookies tal y como requiere el artículo 22.2 de la LSSICE.

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

1. La posible vulneración denunciada en el punto 3 de los antecedentes no es competencia de esta Agencia.
2. Consultado el sistema de nombres de dominios se constata que:
 - 2.1. El dominio grouponfactory.es está registrado a nombre de **A.A.A.**.
 - 2.2. El dominio ne-cap.com está registrado a nombre de NE-CAP, con domicilio en Cantón, China.

3. Al tratar de acceder el 21 de octubre de 2014 al sitio web **www.grouponfactory.es** se constata que el sitio web no es accesible.
4. Al tratar de acceder el 21 de octubre de 2014 al sitio web se constatan los siguientes hechos:
 - 4.1. En relación con el uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, en adelante DARD, la única información hallada se encuentra en la página de aviso legal y se limita a la frase “Aviso: Esta Web no almacena ningún tipo de cookies.”.
 - 4.2. En el sitio web se menciona en varias ocasiones la política de privacidad pero en ninguno de ellos se enlaza con la página que la contenga, que no ha podido ser localizada.
 - 4.3. En la página de “Aviso legal” accesible desde la página principal del sitio web la información del epígrafe de “Protección de datos” es la siguiente:

“En Ne-cap.com nos preocupamos no sólo por ofrecerles el mejor servicio, sino también, por el correcto tratamiento y la seguridad de los datos que usted nos facilita. Por ello, y en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal en su artículo 5, le informamos que los datos personales que nos ha facilitado así como los que nos facilite en un futuro serán incorporados a un fichero cuyo responsable y titular es Ne-cap.com La finalidad de recabar estos datos no es otra que la de poner a su disposición las actuales o futuras ofertas existentes en nuestra empresa. Por este motivo, Ne-cap.com no efectuará la comunicación de sus datos a terceras empresas, y sólo usará sus datos con la finalidad expuesta anteriormente. Por último le informamos que tiene usted la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de sus datos personales, dirigiéndose por escrito a la dirección de contacto@....., rogándole asimismo que nos tenga informados de cualquier cambio que se produzca en dichos datos, para dar cumplimiento a nuestro deber de tener actualizados los mismos.”
 - 4.4. En el formulario de suscripción al boletín de noticias se recoge únicamente la dirección de correo electrónico.
 - 4.5. En el formulario de contacto, además del correo electrónico, se recoge la localidad, el código postal y un texto con la consulta.
5. Consultado el Registro Mercantil Central se verifica que **A.A.A.** era administrador único de la sociedad NE-CAP SPAIN, SL que consta como disuelta según lo publicado en el Boletín Oficial del Estado de 11 de noviembre de 2013.
6. El denunciante recibió el 17 de junio de 2014 en su cuenta de correo@publiweb.es un correo electrónico con origen en la cuenta info@..... que contenía publicidad sobre los productos comercializados a través del sitio web www.ne-cap.com.

El correo electrónico no dispone de información sobre el cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios.
7. La dirección IP *****IP.1**, origen del correo electrónico recibido por el denunciante, es una de las direcciones que el operador OVH, con sede en Montreal (Canadá), asigna de forma dinámica entre sus clientes.

8. La entidad a través de la cual se registró el dominio informa de que quien contrató el servicio de registro fue NE-CAP SPAIN SL, a través del administrador de la sociedad, quien figura como representante.
9. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, **A.A.A.** remitió varios correos electrónicos en los que manifiesta, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:

“El dominio www.grouponfactory.com es un dominio creado para un proyecto de envío de cupones descuento de las principales web de este producto, Groupon, Grupalia, Letsbonus... Una de las funciones principales de este tipo de sitio web es el envío de las newsletters. Para tal fin, se contrató un software específico para este fin que es el Email marketing de la empresa australiana Interespire.

Hable con la persona encargada de dicha configuración y me confirme que en la prueba se hicieron varios intentos de envío a modo de test. Se envió una beta de una Newsletter que el sitio Ne-cap, mandaría a los clientes de la web.”

Posteriormente el proyecto se consideró inviable y se abandonó el servidor donde se alojaba el sistema.

“Tras este incidente estoy tomando todas las medidas, para que esto no se vuelva a producir, he cambiado todo el protocolo de nuestros sitios web y el protocolo con terceras empresas, para que esto no se vuelva a producir.”

“La empresa que lleva el tema de ne-cap no tiene absolutamente ninguna relación con cuponfactory.com salvo el incidente de coger una newsletter en beta y usarla como ejemplo en la configuración. Podían haber usado cualquier texto, de cualquier empresa.”

10. Durante una prueba realizada el 21 de octubre de 2014, se accedió al sitio web www.ne-cap.com con los navegadores Mozilla Firefox y Google Chrome. La lista de DARD que se descargaron se muestra a continuación:

Dominio	Nombre	Primera – Tercera parte	Caducidad
ne-cap.com	_utma	Tercera parte	Persistente
ne-cap.com	_utmb	Tercera parte	Persistente
ne-cap.com	_utmc	Tercera parte	Sesión
ne-cap.com	_utmt	Tercera parte	Persistente
ne-cap.com	_utmz	Primera parte	Persistente
ne-cap.com	PHPSESSID	Primera parte	Sesión
ne-cap.com	TEMPCOOKIE	Primera parte	Persistente
ne-cap.com	osCsId	Primera parte	Sesión
youtube.com	PREF	Tercera parte	Persistente
youtube.com	VISITOR_INO1_LIVE	Tercera parte	Persistente
youtube.com	YSC	Tercera parte	Sesión
google.com	NID	Tercera parte	Persistente
doubleclick.com	id	Tercera parte	Persistente

11. Sobre las finalidades de los DARD descargados:

Los primeros cinco DARD (_utma, _utmb, _utmc, _utmt y _utmz) son utilizados por el servicio de analítica web Google Analytics. Dicho servicio obtiene datos sobre la navegación de los usuarios del sitio web a través de los DARD y elabora informes a partir de los datos recogidos.

El DARD denominado PHPSESSID contiene un identificador de sesión y es utilizado en sitios web desarrollados con tecnología PHP para gestionar la sesión del usuario del sitio web.

Se desconoce la finalidad del DARD denominado TEMPCOOKIE, pero su valor durante las pruebas permanece constante y es "CookieOn".

El DARD denominado osCsid contiene un identificador de sesión y es utilizado¹ en sitios web desarrollados con la plataforma OsCommerce (herramienta de desarrollo de comercios web) para gestionar la sesión del usuario del sitio web.

Se desconoce la finalidad precisa de cada uno de los DARD asociados al dominio youtube.com. El dominio es utilizado por YOUTUBE LLC para prestar servicios de video bajo demanda (streaming de video) y dicha entidad no informa sobre la finalidad de los DARD que utiliza.

Aunque la finalidad de los DARD podría ser la de reproducir algún video incluido en el sitio web, lo cierto es que dos de los tres DARD son persistentes con lo que no es posible incluirlos entre los DARD exceptuados del deber de solicitar el consentimiento informado.

Respecto al DARD denominado NID asociado al dominio google.com.

Google proporciona en su página web² información sobre algunas de las cookies que utilizan sus servicios y sitios web que incluyen entre las que se encuentran las cookies denominadas NID y PREF. La página informa de que *"Google utiliza cookies, como la cookie PREF, para poder personalizar los anuncios que se muestran en los servicios de Google como, por ejemplo, la Búsqueda de Google, especialmente cuando no has iniciado sesión en una cuenta de Google. También utilizamos cookies para anuncios que mostramos fuera de Google. Nuestra principal cookie publicitaria se denomina "id" y se almacena en navegadores en el dominio doubleclick.net. También utilizamos otras cookies denominadas "_drt_", "FLC", "NID" y "exchange_uid"*

El dominio doubleclick.com es uno de los utilizados por Google Inc. para prestar sus servicios de publicidad y el DARD denominado id puede utilizarse para identificar y seguir el comportamiento de los usuarios de los sitios web.

TERCERO: Con fecha 9 de diciembre 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/00385/2014.

¹ <http://forums.oscommerce.com.....>

² <http://www.google.com.....>



CUARTO: En fechas de 16/12/2014 y 17/12/2014 se intentó a través de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, la notificación del citado Acuerdo de Iniciación, en el domicilio que **A.A.A.** proporciono como contacto sito en **(C/.....1) Málaga** con resultado de ausente en reparto.

- En fecha de 24/01/2015 el extracto del Acuerdo de Audiencia Previa se publicó en el B.O.E núm. 21; Sec. V-B Pág. 2937.
- En fecha 12/03/2015 tuvo entrada en esta Agencia una diligencia del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria en el que se hace constar que el citado Acuerdo de Inicio estuvo expuesto en el tablón de anuncios desde el día 12/01/201 al 07/02/2015.

QUINTO: De las actuaciones practicadas han quedado acreditados los siguientes

HECHOS PROBADOS

Uno.- En fecha de 17/06/2014 se recibe en la cuenta de correo@publiweb.es un correo electrónico con origen en la cuenta **info@....** que contenía publicidad sobre los productos comercializados a través del sitio web **www.ne-cap.com** sin que conste información sobre el cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios.

Dos.- El dominio **grouponfactory.es** está registrado a nombre de **A.A.A..**

Tres.- El dominio **ne-cap.com** está registrado a nombre de **NE-CAP**, con domicilio en Cantón, China. En el acceso realizado se verifico la descarga de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en el terminal desde el que se accede a dicha página web, sin que conste información relativa a su instalación ni medios para impedir la misma o eliminar dichos dispositivos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El artículo 43.1 de la 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 y 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

Ahora bien, respecto de la comisión de la infracción del artículo 22.2 puesta de manifiesto por el denunciante, en relación con página web de internet **ne-cap.com** debe señalarse que la titularidad del dominio **ne-cap.com** corresponde a **NE-CAP**, entidad con sede en Cantón, China y la LSSI en su artículo 4, establece lo siguiente:

Artículo 4. A los prestadores establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 7.2 y 11.2.

Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables.

De lo expuesto se deduce que no es aplicable la LSSI al Prestador de Servicios titular del dominio antes citado por ser una entidad establecida en un país fuera de la Unión europea y del Espacio Económico Europeo (República Popular de China) y sin que se haya acreditado que los servicios que presta se ofrecen específicamente al territorio español, por tanto, no se analiza en el expediente la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en relación con las exigencias informativas del art. 22.2 LSSI, centrándose la valoración de los hechos denunciados en la comunicación comercial enviada por correo electrónico.

II

Dispone el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en cuanto a la practica de las notificaciones: “ *Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.*”

En el presente caso se han observado las prescripciones legales, tal como se ha señalado en el Antecedente Cuarto de la presente Resolución.

III

Actualmente se denomina “*spam*” a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por “*spam*” cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada es el correo electrónico.

El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones, han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

La LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa “*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*”. 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.

IV

En el presente supuesto, ha resultado acreditado que el denunciante recibió en su dirección de correo electrónico una comunicación con contenido comercial en la que no consta un medio de oposición sencillo y gratuito para la recepción de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

El denunciado no ha acreditado la existencia de la autorización previa y expresa del destinatario o algún supuesto de los previstos en el art. 21 de la LSSI sino que en sus comunicaciones con el subinspector actuante explica únicamente el funcionamiento de la actividad de **www.grouponfactory.com**. Añade que la dirección de correo del denunciante aparece en diversas páginas web manifestando que *“es un mail publico de una empresa. No es un email, personal”*.

A tenor de los alegado por el denunciado debe señalarse en primer lugar, que es irrelevante la pertenencia de dicha dirección de correo a una persona física o a una persona jurídica, pues la LSSI no distingue tal cualidad y protege a los *“destinatarios de los Servicios de la sociedad de la Información”*, y en segundo lugar respecto de la constancia de una dirección de correo en internet, esta Agencia y la Audiencia Nacional se han pronunciado a ese respecto en reiteradas ocasiones, sirva de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional recaída en el recurso nº 371/2012 de 23/07/2013:

Agregaba por otra parte la resolución recurrida que la constancia de las direcciones electrónicas de las empresas en la red Internet no habilita para utilizarlas para el envío de comunicaciones comerciales, salvo que se den los supuestos del artículo 21 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información. Es decir, que una entidad puede tener su dirección de correo electrónico en una web a los efectos de “contacto” y fundamentalmente para ofrecer sus productos y actuar en el tráfico jurídico, pero que «ello no implica una autorización ad limitum para ser receptora de publicidad, pues precisamente ese derecho a no recibir comunicaciones comerciales por medios electrónicos es el que protege el artículo 21 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información».

Pues bien, procede desestimar el recurso por esta primera razón impugnatoria, dado que, en efecto, la legitimidad de la posesión de los datos por parte de una concreta empresa no obsta a la posterior necesidad del recabado de un consentimiento específico para la remisión de comunicaciones comerciales. Así se obtiene del art. 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico:

«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».

La desestimación del recurso por el fundamento que se acaba de analizar debe llevarnos también a la misma consecuencia con respecto a la afirmación de la obtención de aquella información (los datos de la empresa) de una fuente accesible al público (la página web de la denunciante). Y es que, con independencia de que se trate o no en efecto de una fuente accesible al público en los términos del art. 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, lo cierto es que aquella obtención pudiera legitimar, sin expreso consentimiento, el tratamiento de los datos de que se trate, pero no hacerlo con la remisión de comunicaciones comerciales. Esto entraña una actividad singular y diferente, que es requerida de consentimiento autónomo por el art. 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

La recurrente, en otro momento, destacaba el hecho de que la destinataria de su correo de comunicación comercial era una persona jurídica y no otra física. Aunque el argumento alegatorio no termina de ser perfilado, parece que tras él lata la idea de que las personas jurídicas no son destinatarias y protegidas por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Sin embargo procede desestimar el recurso con este fundamento, dado que el artículo 19 de la Ley de Servicios para la Sociedad de la Información remite a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal «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», pero de ellos no se obtiene una permisión generalizada de remisión de comunicaciones comerciales a las personas jurídicas, que contravendría de modo evidente la prohibición contenida en el art. 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

*No comparte la Sala, por otra parte, que el propio vocablo contenido en la dirección de correo electrónico de la empresa destinataria (**info(fsites.com)**) indique su disposición generalizada a la recepción de comunicaciones comerciales sin autorización, pues la “información” a la que allí se alude es la que se produce desde la empresa titular del correo hacia sus propios clientes, no en dirección inversa.” (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)*

Para su adecuación a la normativa vigente, **A.A.A.** debe establecer, mecanismos que eviten el envío de comunicaciones comerciales, en particular a la dirección de correo del denunciante, y en general a cualquier destinatario que no hayan dado su autorización o no que se encuentren en alguno de los supuestos que prevé el art. 21 de la LSSI.

Asimismo debe poner a disposición de los destinatarios de las comunicaciones comerciales, un medio de oposición tanto en el momento de la recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que envíe.

V

El artículo 38.4 d) de la LSSI considera 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.*

En el presente caso de las actuaciones practicadas se desprende que **A.A.A.** ha remitido una comunicación electrónica vulnerando lo dispuesto en el art. 21 de la LSSI,

considerándose infracción leve.

VI

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 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 imputado 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 inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario de los mensajes y falta de constancia de los beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

De acuerdo con lo señalado,

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



SE ACUERDA:

PRIMERO.- APERCIBIR (A/00385/2014) a **A.A.A.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en relación con la infracción del artículo 21 de la citada norma, tipificada como leve en su artículo 38.4.d).

SEGUNDO.- REQUERIR a A.A.A. de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 39 bis 2, 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 y 2 de la LSSI, para lo que se insta a dicha entidad a establecer mecanismos que eviten el envío de comunicaciones comerciales, en particular a la dirección de correo del denunciante, y en general a cualquier destinatario que no hayan dado su autorización o que no se encuentren en alguno de los supuestos del citado apartado 2 del artículo 21 debiendo ofrecer, tanto en la recogida de datos como en cada comunicación comercial que envíe por medios electrónicos, un medio de oposición a la recepción de comunicaciones comerciales.

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.

Se comunica que se abre el expediente de investigación E/001853/2015 a fin de comprobar el cumplimiento de lo requerido en el presente Apercibimiento en el plazo otorgado para ello.

TERCERO: NOTIFICAR el presente Acuerdo a **A.A.A.** y a **D. B.B.B. - 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