



Procedimiento N°: A/00401/2016

RESOLUCIÓN: R/03229/2016

En el procedimiento A/00401/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **C.C.C.**, vista la denuncia presentada por **AY FISI S.L.P.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 20 de mayo de 2016 tiene entrada en esta Agencia, denuncia interpuesta por la entidad AY FISI S.L.P. (en adelante el denunciante) cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

1. Recibió correo electrónico el 25/04/2016 en su cuenta **A.A.A.** con origen en la dirección **auxilarcasersgueros2@E.E.E.**
2. No ha solicitado o autorizado previamente los envíos.
3. El denunciante identifica como responsable de los envíos a D. **C.C.C.** (en lo sucesivo el denunciado) como Agente Exclusivo de Seguros Caser.

La denuncia aporta copia de la siguiente documentación:

- a) Correo electrónico recibido junto con su cabecera completa.
- b) Correo electrónico remitido por el denunciante en fecha 26 de abril de 2016 mediante el cual se dirige al denunciado solicitando explicaciones de la remisión del correo electrónico así como origen del que ha obtenido su dirección de correo electrónico.
- c) Correo electrónico de fecha 27 de abril de 2016 mediante el cual el investigado responde a la queja presentada por el denunciante informando que el origen del correo electrónico le fue facilitado a través del número de teléfono de su Organización (**F.F.F.**).
- d) El denunciante manifiesta que el número de teléfono **F.F.F.** es un fax, a tal fin aporta Solicitud de inscripción de la entidad AY FISI SLP, en el Ilustre Colegio Profesional de Fisioterapeutas de Andalucía fechada el 2 de diciembre de 2014 en la cual figura dicho número de teléfono como fax. Aclara el denunciante que ni siquiera es un fax físico, sino un servicio de fax virtual proporcionado por una tercera entidad.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados se solicita información al denunciado, teniendo conocimiento de lo siguiente:

1. El denunciante recibe en su cuenta de correo **A.A.A.** un correo electrónico remitido desde la cuenta **B.B.B.** en fecha 25 de abril de 2016 con el asunto OFERTA CASER SEGUROS COLEGIO FISIOTERAPEUTAS. Como firmante de la oferta

aparece el denunciado como Agente Exclusivo de Seguros CASER.

Los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios de Seguros CASER.

2. El correo electrónico dispone de una dirección de correo electrónico válida donde puede 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.
3. En respuesta a la solicitud de información se recibe escrito del denunciado en el que manifiesta en referencia a los hechos denunciados que:

El origen del dato de la dirección de correo electrónico del denunciante fue una llamada telefónica durante la cual se le facilitó dicho dato. No ha sido acreditada dicha llamada ni aportada información que permita su acreditación.

No dispone de acreditación del consentimiento prestado por el denunciante para la remisión de correos comerciales.

No existe relación contractual previa con el denunciante.

Informa que tras el correo electrónico del día 26 de abril, se tomaron las siguientes medidas correctoras:

- a) Dar contestación al email recibido.
- b) Creación de un registro "*Lista de Robinson*" en la que se recoge la negativa de cualquier entidad o persona de recibir ninguna comunicación comercial.

TERCERO: Con fecha 20 de octubre de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00401/2016 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 (en lo sucesivo, 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 16/12/2016 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica: <<...Normalmente, se realiza como acción previa, algunas de las siguientes prácticas:

- a) *Llamadas previas, en la que se comunica la oferta propuesta y, se solicita el correo electrónico al que se desea que se mande la comunicación.*
- b) *Captación de información a través de autorizaciones expresas (Ver documento adjunto de la última acción realizada en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla).*

Por lo que entiendo que, el motivo por el que se ha aperturado este procedimiento, ha sido un desafortunado error...>>

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 20 de mayo de 2016 tiene entrada en esta Agencia, denuncia interpuesta por el denunciante cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

Recibió correo electrónico el 25/04/2016 en su cuenta A.A.A.@A.A.A.com con origen en la dirección auxilarcasersgueros2@E.E.E. No ha solicitado o autorizado previamente el citado envío. El mismo contiene información comercial referente a productos y servicios de Seguros CASER.

Dispone de una dirección de correo electrónico válida donde puede 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.

El denunciante identifica como responsable de los envíos al denunciado como Agente Exclusivo de Seguros Caser.

La denuncia aporta copia del correo electrónico recibido junto con su cabecera completa (folios 1 a 84).

El número **F.F.F.** es un fax virtual.

SEGUNDO: El denunciado ha manifestado durante la fase de actuaciones previas que el origen del dato de la dirección de correo electrónico del denunciante fue una llamada telefónica durante la cual se le facilitó dicho dato. No ha sido acreditada dicha llamada ni aportada información que permita su acreditación (folios 88 a 100).

TERCERO: El denunciado ha comunicado que tras el correo electrónico del día 26 de abril, se tomaron las siguientes medidas correctoras:

Dar contestación al email recibido.

Creación de un registro "*Lista de Robinson*" en la que se recoge la negativa de cualquier entidad o persona de recibir ninguna comunicación comercial (folios 88 a 90).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El segundo párrafo del artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo,

LSSI), en la redacción conferida por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, 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

Los hechos expuestos suponen la comisión, por parte del denunciado de una infracción del artículo 21.1 de la LSSI que establece:

“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 artículo 39 bis.2 de la LSSI, bajo el epígrafe *“Moderación de las sanciones”*, estipula lo siguiente:

“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 ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario del mensaje y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

IV

Por otro lado, debe analizarse en el presente caso la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el art. 39 bis 2 LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida alguna a adoptar por el denunciado, pues el mismo ha comunicado a esta Agencia, que ha regularizado la situación irregular, sin que se pueda requerir una medida ya adoptada, que evite el envío de las comunicaciones comerciales por medios electrónicos, por todo ello procede el archivo de las presentes actuaciones.

En este sentido conviene traer a colación lo dispuesto en las Sentencias de la Audiencia Nacional 455/2011 de fecha 29/11/2013 y 166/2013 de fecha 10/06/2014 que señalan que la figura del Apercibimiento tiene que llevar aparejada medidas concretas para el sujeto apercibido, ya que de otro modo se otorgaría al apercibimiento una suerte de naturaleza sancionadora, y nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LSSI vulnerando los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En conclusión, la actuación administrativa procedente en Derecho es el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno al denunciado, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 39 bis 2 de la LSSI, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00401/2016) a D. **C.C.C.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción el artículo 21.1 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la citada norma.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. **C.C.C.**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos