

Procedimiento N°: A/00414/2015

RESOLUCIÓN: R/01321/2016

En el procedimiento A/00414/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos al **INSTITUTO XXXX**, vista la denuncia presentada por Don **D.D.D.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 6 de julio de 2015 tiene entrada en esta Agencia una denuncia interpuesta por Don **D.D.D.**, en adelante el denunciante, manifestando que :

El día 21 de mayo de 2015, solicitó al INSTITUTO XXXX, en lo sucesivo también IJM, la cancelación de sus datos personales y la baja su cuenta de correo electrónico **A.A.A.** para dejar de recibir comunicaciones de esa Institución en su cuenta personal.

Dicha solicitud fue remitida a la dirección **B.B.B.** debido a que el enlace que incluyen los correos electrónicos para darse de baja en su "mail list" no funciona al producirse un error.

Con posterioridad a la realización de esa petición ha continuado recibiendo comunicaciones comerciales en su cuenta de correo electrónico procedentes del mencionado Instituto.

El denunciante ha adjuntado copia de la reseñada solicitud de baja y de una comunicación comercial del IJM recibida el 29 de junio de 2015 en su cuenta de correo personal.

SEGUNDO: Del examen de la documentación presentada por el denunciante y de las actuaciones practicadas a la vista de los hechos denunciados se desprende lo siguiente:

1. El denunciante aporta copia de un correo electrónico de fecha 21 de mayo de 2015, en el que solicita a INSTITUTO XXXX la cancelación de sus datos y la baja de comunicaciones por correo electrónico a su cuenta personal. No consta respuesta a dicha solicitud.
2. El denunciante recibió en su cuenta de correo electrónico **A.A.A.** con fecha 29 de junio de 2015 un boletín procedente de la dirección newsletter@**B.B.B.**.

El envío, entre otra información referente a asuntos y actividades en las que participaba o colaboraba el citado Instituto, ofertaba las últimas plazas disponibles para matricularse en la Universidad de Verano del INSTITUTO XXXX .

El correo electrónico ofrecía el siguiente enlace para oponerse a la recepción de nuevos envíos publicitarios: “Si desea borrarse de esta lista visite “[H.H.H.](#)”.

3. El denunciante ha manifestado que ha intentado darse de baja en dos ocasiones a través de dicho enlace sin éxito, ya que se produce un error al pinchar en el enlace.
4. Con fecha 20 de agosto de 2015 se ha comprobado que al pinchar en el enlace que figuraba en el correo electrónico recibido por el denunciante con fecha 29 de junio de 2015 se produce un error que imposibilita llevar a cabo la solicitud de baja.
5. El dominio **B.B.B.** está registrado a nombre de una persona física que manifiesta haber formado parte del INSTITUTO XXXX y haber realizado las tareas de implantación de su página web, aunque en la actualidad no mantiene relación con esa entidad.
6. Con fecha 13 de octubre de 2015 se solicitó información a la entidad denunciada sobre los hechos objeto de análisis mediante escrito que fue devuelto por “Caducado” en Lista de Correos tras dos intentos de entrega que resultaron infructuosos por “Ausente reparto”. Con fecha 4 de noviembre de 2015 se reiteró dicho requerimiento de información.
7. El día 2 de diciembre de 2015 se realiza una visita de inspección en la sede de la entidad INSTITUTO XXXX, encontrándose cerrada y no pudiendo contactar con ningún responsable de la misma.
8. Con fecha 2 de diciembre tiene entrada en esta Agencia un correo electrónico del INSTITUTO XXXX respondiendo al requerimiento efectuado en el que manifiestan, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:
 - 8.1. La notificación enviada no tenía propósito comercial, sino informativo, no siendo una comunicación comercial. Son una asociación y comparten con los miembros y simpatizantes información de las actividades, hitos y logros.
 - 8.2. El denunciante se dio de alta a su boletín de novedades a través de una antigua web (renovada en marzo de este año 2015) el 12 de febrero de 2013, según muestra el correo electrónico que aportan reflejando la solicitud de inscripción al boletín.
 - 8.3. En el formulario de la portada de dicha página web se proporcionaba un enlace sobre “protección de datos” que llevaba a una página que informaba sobre las finalidades del servicio para el que se recababan los datos y la forma de anular esa relación contractual. Entre la información facilitada en esa página web, operativa hasta marzo de 2015, figuraba un correo electrónico y una dirección postal para solicitar la baja de los datos del usuario en la base de datos.
 - 8.4. Las notificaciones remitidas llevaban incluidas un enlace para darse de baja. No consta baja del afectado por esta vía.
 - 8.5. Aportan impresión de pantalla de los datos del denunciante en la que consta que el usuario está aún activo en ese sistema.
 - 8.6. No les consta ninguna comunicación dirigida al email **info@ B.B.B.** desde el correo electrónico **A.A.A.** solicitando la baja del servicio. Tampoco les consta ninguna solicitud de baja dirigida a la dirección postal del Instituto.



TERCERO: Con fecha 14 de diciembre de 2015, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00414/2015.

Dicho acuerdo fue notificado al Instituto denunciado con fecha 30 de diciembre de 2015 a través del Servicio de Correos.

Asimismo, dicho acuerdo fue notificado al denunciante mediante anuncio de notificación publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 13, de fecha 15 de enero de 2015, conforme con lo dispuesto en los artículos 59.5, 60.2 y 61 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, al no haberse podido practicar la notificación por resultar ausente en reparto en el domicilio indicado por éste en la denuncia y caducar en Lista de Correos el envío ante su falta de retirada.

CUARTO: Con fecha 21 de enero de 2016 se registra de entrada escrito de la representación del IJM denunciado en el que, además de dar por reproducidas las manifestaciones del escrito remitido el 2 de diciembre de 2015, se solicita el archivo de las actuaciones practicadas con fundamento en lo que sigue:

- Niegan la comisión de la infracción imputada debido a *“que la comunicación recibida el 29 de junio no tenía finalidad comercial; existía dirección de correo para darse de baja en el listado del boletín y el denunciante no acredita fehacientemente que hubiese realizado correctamente el envío del mail a la dirección expresamente habilitada para ello. Máxime cuando el propio artículo 38.4.d señala expresamente que, para que se produzca la infracción, es necesario que haya un incumplimiento “significativo” (sic) de lo establecido en el artículo 21, lo que, en el caso que nos ocupa, no se da e de ninguna manera.”*
- Procedencia de aplicar lo establecido en el apartado 2 del artículo 39 bis de la LSSI en atención a que concurren de la práctica totalidad de los criterios enunciados en el artículo 40 de la LSSI, amén de que se ha regularizado la presunta situación irregular de forma diligente, motivo por el que carece de sentido ningún apercibimiento a fin de que se acredite a la AEPD la adopción de medidas correctoras en un plazo determinado.

QUINTO: Con fecha 3 de febrero de 2016 se registra de entrada escrito de la representación del IJM adjuntando documentación relativa al funcionamiento actual del enlace situado al final de los boletines para “darse de baja” que al pincharse dirige al sitio **www. B.B.B.** a fin de solicitar la confirmación de la baja del email concreto de la lista de correo del boletín y, posteriormente, pinchar la opción “cancelar suscripción”, tras lo que se confirma al usuario la cancelación de la cuenta en cuestión.

En dicho escrito se señala que en marzo de 2015 se llevó a cabo la migración del servicio de mailing, permaneciendo activo el antiguo servicio de mailing-phpList hasta septiembre de 2015, momento en que se pasa a emplear una nueva solución de mailing (simplesnews (drupal)).

El envío analizado es un boletín de junio de 2015, remitido con la solución tecnológica abandonada en septiembre. La base de datos PhpList, es una aplicación desactualizada y no se utiliza, en la que el denunciante aparece como activo.

Se indica que, sin embargo, en el sistema actualmente utilizado para el envío de boletines el email del denunciante no figura en la nueva lista.

SEXTO: Con fecha 31 de mayo de 2015 se incorpora la procedimiento resultado de la información obtenida al acceder al sitio web [www.B.B.B.....](#) de Internet sobre la “Universidad de Verano del Instituto XXXX” del año 2015.

HECHOS PROBADOS

- 1) Don **D.D.D.**, en adelante el denunciante, figura dado de alta con fecha 12 de febrero de 2013 en la antigua web del INSTITUTO XXXX, operativa hasta marzo de 2015, para recibir su boletín de novedades. (folio 36)
- 2) Con fecha 21 de mayo de 2015 el denunciante envió a la cuenta de correo **C.C.C.** desde su dirección de correo electrónico **A.A.A.** solicitud de cancelación de sus datos y de su cuenta de correo electrónico de la lista de contactos del mencionado Instituto. El denunciante ha aportado las cabeceras de Internet de dicho envío. (folios 4 y 5)
- 3) En la mencionada solicitud de baja de fecha 21 de mayo de 2015 el denunciante señalaba que el enlace “Dar de Baja” incluido en los boletines que recibía dirigía a una dirección de Internet que daba error, lo que impedía la darse de baja de dicho servicio.(folios 4 y 5)
- 4) El INSTITUTO XXXX niega haber recibido la solicitud de baja vía email a la que se refiere el denunciante.(folios 37)
- 5) Con fecha 29 de junio de 2015, el denunciante recibió una comunicación comercial en su dirección de correo electrónico **A.A.A.** desde la dirección [newsletter@B.B.B.](#) (folios 6, 7, 13 al 15)

El envío promocionaba la asistencia al VIII Foro Atlántico, en cuya organización colaboraba el citado Instituto, y ofertaba las últimas plazas disponibles para asistir a la Universidad de Verano del Instituto XXXX.

Al pie del correo electrónico recibido aparecían como datos de contacto: la cuenta de correo [info@B.B.B.](#) y la dirección postal Calle del **F.F.F.** Madrid-España. También se ofrecía como mecanismo de baja el siguiente enlace de baja: “*Si desea borrarse de esta lista, visite Dar de baja*”. El subrayado era el enlace.

- 6) La citada comunicación comercial de fecha 29 de junio de 2015 se remitió por el INSTITUTO XXXX mediante el servicio de mailing PhpList, que dejó de

funcionar en septiembre de 2012, momento en que se adoptó una nueva solución de mailing bajo el sistema “simplenews (drupal)”. (folios 65 al 67)

- 7) Con fecha 20 de agosto de 2015 desde la Subdirección General de Inspección de Datos se constató que al pinchar el enlace que figuraba en el pie del correo electrónico comercial recibido por el denunciante con fecha 29 de junio de 2015 se producía una respuesta de error, cuyo contenido coincide con el mensaje de error aportado por el denunciante. (folios 16 al 18)
- 8) El INSTITUTO XXXX ha aportado documentación acreditativa de que el enlace para “Darse de Baja” contenido en el boletín electrónico comercial remitido a los suscriptores de dicho servicio funcionaba correctamente a fecha 26 de enero de 2016. (folios 62 al 64)
- 9) En la lista de emails del sistema actual de mailing no figuran los datos del correo electrónico del denunciante. (folio 66)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

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 artículo 21 de la LSSI 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.”

De esta forma, 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.

A su vez, los apartados 2 y 3 del artículo 21.2 de la LSSI imponen al prestador

de servicios de la información la obligación de ofrecer a los destinatarios de los envíos un mecanismo sencillo y gratuito para poner oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales. Este procedimiento de oposición debe ofrecerse no sólo cuando recojan los datos de los destinatarios con la finalidad de remitirles comunicaciones electrónicas por medios de comunicación electrónica, sino también en cada una de las comunicaciones comerciales que se les remitan, debiendo ser una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida si las comunicaciones comerciales se realizan por correo electrónico.

Este requisito persigue facilitar el derecho de los destinatarios de este tipo de comunicaciones electrónicas a no recibir envíos de naturaleza comercial en sus señas electrónicas

III

La LSSI parte 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

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, antes de valorar si el IJM ha incumplido lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 21.2 de la LSSI, hay que analizar la alegación del citado Instituto defendiendo referida a que el envío objeto de análisis no tenía naturaleza comercial, sino que se trataba de un boletín informativo con novedades sobre las actividades de esa organización, sufragadas en su mayor parte por el propio Instituto.

Frente a dicho alegato, cabe señalar que el correo electrónico enviado el 29 de junio de 2015 al denunciante no se limita a informar sobre la próxima celebración del Foro Atlántico o reseñar actividades que ya se han desarrollado (I Jornada de Finanzas), sino que, además, promociona la inscripción para las últimas matrículas ordinarias para la Universidad de Verano del Instituto XXXX, incluyendo un enlace con información al respecto. Además, se ha constatado, según información obtenida en el sitio web **¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.** (folios 69 y 70), que dicha matriculación requería el abono de determinadas cantidades en función de si los solicitantes eran, o no, miembros del IJM y de si estaban, o no, becados total o parcialmente.

Por lo tanto, sin perjuicio de que el citado envío se refiera a algunas actividades cuya asistencia o participación fuera gratuita, en lo que respecta a la información relativa a la Universidad de Verano 2015 estamos ante la promoción de un evento que lleva aparejado un coste económico para los participantes. Además, esta Agencia entiende que a través del contenido del boletín de novedades analizado se promociona indirectamente la imagen del IJM, entidad remitente del mismo, y directamente las actividades organizadas o en cuya elaboración participa dicho Instituto de acuerdo con la naturaleza y fines del mismo y lleven, o no, aparejado un coste económico.

En definitiva, dadas las características y contenido del envío remitido por el IJM al denunciante, puede afirmarse que se ajusta al amplio concepto de comunicación comercial recogida en el apartado f) del Anexo de la LSSI, cuya transcripción figura en el anterior Fundamento de Derecho.



En congruencia con lo expuesto, resulta de aplicación al caso estudiado lo previsto en el artículo 21 de la LSSI respecto de las comunicaciones comerciales enviadas por medios de comunicación electrónica, en concreto, vía correo electrónico.

V

Fijado lo anterior, debe dilucidarse si el mecanismo de oposición contenido en la comunicación comercial remitida por el IJM al denunciante con fecha 29 de junio de 2015 ofrecía un mecanismo sencillo y gratuito al denunciante, como destinatario del envío, que le permitiera manifestar su oposición al tratamiento de sus señas electrónicas con fines comerciales.

En relación con esta cuestión debe reseñarse que no se trata del mero cumplimiento formal de la obligación recogida en los párrafos segundo y tercero del artículo 21.2 de la LSSI, como parece defender la entidad denunciada al manifestar que los boletines dirigidos al denunciante contenían tanto una dirección de correo electrónico para contactar con el Instituto (**info@ B.B.B.**), entre otras finalidades para poder darse de baja, como un enlace de baja, *“aunque la ley exija expresamente tan solo la existencia de una dirección de correo a la que enviar un mail a fin de que se materialice la eventual baja, correo que está activo y en funcionamiento”*. Debe ofrecerse un mecanismo de oposición operativo a los efectos pretendidos.

En este caso, si bien no hay constancia de que cuando el IJM remitió el 29 de junio de 2015 la comunicación comercial estudiada tuviera conocimiento de la voluntad del denunciante de no continuar recibiendo los boletines publicitarios en sus señas electrónicas, ya que el denunciante utilizó una cuenta de correo electrónico respecto de la cual no obran en el procedimiento indicios de que pudiera estar operativa para otros efectos que los de remitir los boletines de novedades, sin embargo, si hay constancia fehaciente en el expediente de que el enlace de baja ofrecido por el IJM en la comunicación comercial remitida al denunciante con fecha 29 de junio de 2015 no funcionaba correctamente.

Así, con fecha 20 de agosto de 2015, esta Agencia constató que al pinchar el enlace de baja incluido en el correo electrónico recibido por el denunciante con fecha 29 de junio de 2015 se producía un error, lo que impedía llevar a cabo en forma real y efectiva la solicitud de baja (folios 16 al 18). Esta comprobación, por otra parte, se ajusta a las manifestaciones del denunciante relativas a que al pulsar el enlace de baja ofrecido en los boletines que recibía se producía un error. (folios 1 y 9).

En este sentido, la Audiencia Nacional, en su Sentencia de fecha 22 de enero de 2014, Rec. nº 110/2013, señalaba: *“Y en definitiva, la cuestión principal pasa a ser si resultaba bastante, a efectos de excluir la antijuridicidad de la conducta, con el mantenimiento, en su página web, de una específica zona para darse de baja en el perfil o si, dado que la propia actora estableció una serie de correos electrónicos como cauce de comunicación, tenía el deber de que éstos estuvieran en efecto operativos para canalizar la revocación del consentimiento para la recepción de comunicaciones comerciales*

Esta es, a juicio de la Sala, la alternativa jurídicamente correcta puesto que, en efecto, si la empresa consignaba unos correos electrónicos como cauce de

comunicación, tenía el deber jurídico de mantenerlos abiertos y operativos para la recepción en ellos de comunicaciones de sus clientes; dado que además con ello infundía a los interesados confianza legítima de que ese era un cauce correcto de comunicación.

No puede, por el contrario, escudarse en un pretendido error tipográfico (cometido por ella misma) o en el cambio de la página web (que habrían impedido la recepción de los correos electrónicos de la denunciante) pues, ya decimos, una vez ofrecido dicho cauce de comunicación, era deber jurídico de la recurrente mantenerlo abierto y operativo.

A partir de ello que concurra, cuanto menos la manifestación culposa de la culpabilidad de la infracción.”

Con arreglo a lo expuesto, el ofrecimiento del mecanismo consistente en el enlace de baja no conlleva, en lo que al supuesto analizado se refiere, el cumplimiento “de facto” de la exigencia establecida en el segundo y tercer párrafo del citado artículo 21.2 de la LSSI, habida cuenta que se ha acreditado que no funcionaba correctamente, impidiendo con ello que el destinatario pudiera darse de baja para evitar continuar recibiendo boletines publicitarios en sus señas electrónicas.

En consecuencia, ha quedado probado que el Instituto denunciado ha incurrido en la infracción del artículo 21.2, párrafos segundo y tercero, de la LSSI, debiendo puntualizarse que en el envío de fecha 29 de junio de 2015 no consta indicado que la dirección de contacto info@ **B.B.B.** pudiera utilizarse también para solicitar la baja, apareciendo citado a tal fin únicamente el enlace con la leyenda “Si desea borrarse de esta lista, visite Dar de baja”, que se constató no funcionaba.

VI

La conducta anteriormente descrita encuentra su tipificación en el artículo 38.4.d) de la LSSI, que 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.”.

A su vez, 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 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.”

De conformidad con lo previsto en el apartado segundo del artículo 39.bis, esta Agencia considera que en el presente caso procedería apercibir al Instituto denunciado en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado precepto y, por otro lado, se produce la circunstancia recogida en el artículo 39 bis 1.a), ya que se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del IJM, teniendo en cuenta que no hay constancia de que la infracción imputada haya afectado a más de una comunicación comercial y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario del correo electrónico comercial cuyo mecanismo de baja se analiza y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

VII

Ahora bien, en el presente caso, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 39 bis 2 de la LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por el INSTITUTO XXXX, toda vez que de la tramitación del procedimiento se desprende que la situación irregular que nos ocupa ha sido subsanada.

Por tanto, esta Agencia no podría apercibir al responsable de la comisión de la infracción al artículo 21.2 de la LSSI requiriéndole, por un lado, la adopción de medidas tendentes a impedir el envíos de nuevos boletines comerciales al denunciante para hacer efectivo el derecho de oposición en su solicitud de fecha 19 de junio de 2015 y solicitándole, por otro lado, la revisión del enlace de baja ofrecido a los destinatarios de su boletín electrónico para comprobar su correcto funcionamiento. Téngase en cuenta que el IJM ha probado documentalmente que la cuenta de correo electrónico del afectado ya no figura en la base de datos utilizada en la actualidad por el sistema de envíos empleado por dicho Instituto desde septiembre de 2015 (folios 65 al 67), al igual que ha justificado que a través del enlace “darse de baja del boletín” contenido al final de los envíos comerciales dirigidos a sus suscriptores se cancela la suscripción al mismo, para lo cual ha aportado el resultado de la prueba efectuada el 26 de enero de 2016 mostrando la efectiva cancelación de la suscripción del correo electrónico de prueba tras pinchar el enlace y confirmar la cancelación de la suscripción (folios 62 al 64).

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.

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 la **denunciada ha adoptado las medidas correctoras oportunas** para subsanar la situación creada, de acuerdo con lo señalado **se debe proceder al archivo de las actuaciones practicadas.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:



1. **ARCHIVAR** el procedimiento (**A/00414/2015**) seguido al **INSTITUTO XXXX**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación con la denuncia por infracción del artículo 21.2 de la citada norma.

2.- **NOTIFICAR** el presente Acuerdo al **INSTITUTO XXXX**.

3.- **NOTIFICAR** el presente Acuerdo a Don **D.D.D.**.

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 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 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