

Procedimiento N°: A/00427/2015

RESOLUCIÓN: R/01417/2016

En el procedimiento A/00427/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **CLUB CICLISTA XXXXX**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 28 de julio de 2015 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por Don **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

1. No ha autorizado o solicitado el envío de correos electrónicos comerciales del CLUB CICLISTA XXXXX, en adelante el denunciado.
2. El día 22 de julio de 2015 recibió en la dirección de correo **E.E.E.** una comunicación comercial no solicitada del denunciado.

Como respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, con fecha de 1 de septiembre de 2015 se registra de entrada escrito del denunciante aportando las cabeceras completas del correo electrónico adjuntado en su anterior escrito.

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 recibió en su cuenta de correo **E.E.E.**, con fecha 22 de julio de 2015, una comunicación comercial procedente de la cuenta **B.B.B.**, con dirección IP de origen **F.F.F.**.

El correo electrónico contenía una invitación a participar en un evento ciclista organizado por el CLUB CICLISTA XXXXX, informando que para participar era necesaria la inscripción en la página web del club e informando también de los premios para los ganadores.

El envío promocionaba la inscripción en un evento ciclista (IX Memorial MTV *****) organizado por el CLUB CICLISTA XXXXX. Asimismo, en el envío se informaba sobre los premios para los ganadores y la realización de un sorteo semanal con diferentes regalos para los participantes con la inscripción formalizada (inscritos/pagados), en concreto equipaciones de ciclismo completas de calidad profesional y diferentes accesorios.

Al pie del correo electrónico se incluye la página web *¡Error! Referencia de*

hipervínculo no válida. y la dirección de correo electrónico **B.B.B.**.

Se ha verificado que dicha página web dispone de un apartado para suscribirse a la lista de correo, en el que se informa literalmente de lo siguiente: *“Conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal 5/1999 de 13 de diciembre, sus datos son absolutamente confidenciales y están incorporados a un fichero del que es responsable CC XXXXX para la prestación de los servicios en el marco de la relación contractual establecida. Puede acceder, modificar, cancelar u oponerse a los mismos dirigiéndose por escrito a: Club Ciclista XXXXX o bien envíe un Correo Electrónico a : **B.B.B.**”*.

Por lo tanto, el envío comercial denunciado incluye el correo electrónico **B.B.B.** para darse de baja y una página web (dirección electrónica válida) que contiene información sobre el procedimiento para poder oponerse a la recepción de nuevos envíos comerciales.

2. El denunciante aporta copia de un correo electrónico de fecha 23 de julio de 2015 remitido al denunciado solicitando la baja de la lista de correo y la respuesta dada por el Club en la misma fecha..
3. El dominio B.B.B. está registrado a nombre de una persona física..
4. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, los representantes del CLUB CICLISTA XXXXX remitieron un escrito en el que manifestaron, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:
 - 4.1. En el Club Ciclista XXXXX no obra en su poder ninguna acreditación documental para la remisión de Información para promocionar el evento deportivo que organizan.
 - 4.2. El origen de la obtención del correo electrónico es respecto a una oferta comercial en enero del 2007 en la cual el titular de la cuenta puso a la venta una bicicleta y el correo de contacto **E.E.E.**, desde entonces obra en dicho correo en el fichero de personas que practican ciclismo por ser a fin a las actividades que desarrollan. Respecto a los datos obrantes en su archivo, tan solo tienen el correo, y no tienen datos personales (nombre, apellidos, dirección, etc.) y tampoco han compartido información con terceros.
 - 4.3. No les consta tener relación contractual con el titular de la dirección de correo electrónico.
 - 4.4. Recibida solicitud de baja con fecha 23 de julio de 2015 procedieron a dar de baja la cuenta de correo electrónico del denunciante de su base de datos.
5. Se ha verificado en el sitio web www.ccsantaaulaia.com que la cuota de inscripción al citado Memorial era de 20 € para los participantes federados y de 27 € para los participantes no federados.

TERCERO: Con fecha 23 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/00427/2015.

Dicho acuerdo fue notificado al denunciante con fecha 5 de enero de 2016 y al Club denunciado con fecha 11 de enero de 2016, no constando que este último haya ejercido su derecho a formular alegaciones al mismo.

HECHOS PROBADOS

- 1) Con fecha de 28 de julio de 2015 se registra de entrada en la AEPD denuncia formulada por Don **A.A.A.**, en adelante el denunciante, denunciando al Club Ciclista XXXXX, en adelante Club denunciado, por el envío de un correo electrónico comercial no solicitado.
- 2) Con fecha 22 de julio de 2015 el denunciante recibió en su cuenta de correo electrónico **E.E.E.** una comunicación comercial procedente de la cuenta **B.B.B.**, en la que se promocionaba la inscripción en el evento ciclista “IX Memorial MTV *****” organizado por el Club denunciado y la realización de un sorteo semanal con regalos para los participantes con la inscripción formalizada (pagada).
- 3) El envío comercial denunciado ofrecía como mecanismos de baja la dirección electrónica válida del sitio web **¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.**, en la que se informa sobre el procedimiento para oponerse a la recepción de nuevos envíos comerciales, y el correo electrónico **B.B.B.**, que, a su vez, es el que aparece en el citado sitio web a los efectos de ejercer el derecho de oposición.
- 4) Consta que con fecha 23 de julio de 2015 el Club denunciado recibió la solicitud de baja del denunciante de sus señas electrónicas de la lista de emails, petición que éste efectuó con esa misma fecha desde la misma cuenta de correo en la que recibió la comunicación comercial denunciada.
- 5) El Club denunciado ha indicado que con fecha 23 de julio de 2015 borraron el correo electrónico del denunciante de su base de datos a los efectos de gestionar la mencionada solicitud de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El segundo párrafo del artículo 43.1 de la LSSI en su redacción conferida por la Ley 9/2014 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.

II

A los efectos de examinar si los hechos objeto de imputación pueden constituir infracción al artículo 21 de la LSSI conviene realizar una breve exposición sobre el marco jurídico que resulta de aplicación a las comunicaciones comerciales remitidas por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

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.

Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española.

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.

El artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, en la redacción introducida por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones señala lo siguiente:

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

Por lo tanto, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

De este modo, la LSSI, en su artículo 21.1 prohíbe de forma expresa 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 el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío 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”.

De acuerdo con lo señalado, es preciso analizar el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información para, a continuación, determinar los supuestos, recogidos en el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI, que no se consideran, a los efectos de esta Ley, como comunicaciones comerciales.

La LSSI en su Anexo a) define como Servicio de la Sociedad de la Información, *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.*

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

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

4º El envío de comunicaciones comerciales. ” (...).“

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicación comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de 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.

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

Con carácter previo a entrar a valorar si el Club Ciclista XXXXX ha incumplido lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LSSI, hay que analizar la alegación del citado Club relativa a que la publicidad remitida no se refiere a la venta de un producto, sino que se trata de una invitación a un evento relacionado con la práctica del ciclismo organizado por el Club.

Frente a dicho alegato, cabe señalar que el correo electrónico enviado el 22 de julio de 2015 al denunciante no se limita a informar sobre un evento deportivo organizado por el Club, sino que también promueve la inscripción en el mismo informando sobre la apertura del plazo de inscripción en la página web del Club, plazo durante el cual informan se realizará un sorteo semanal con diferentes regalos para los participantes con la inscripción pagada.

Por lo tanto, aunque el citado envío no pretenda vender un servicio o producto, ha quedado probado que i promueve un evento deportivo que lleva aparejado un coste económico para los participantes. Además, no cabe duda que a través del mencionado correo electrónico comercial se promueve, indirectamente, la imagen del Club Ciclista remitente de la comunicación y, directamente, el evento y los sorteos de premios asociados a la inscripción en el mismo objeto de publicidad a través del

envío.

En definitiva, dadas las características y contenido del envío remitido por el reseñado Club 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

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos hay que dilucidar si el correo electrónico comercial enviado, con fecha 22 de julio de 2015, por el Club Ciclista denunciado desde la cuenta **B.B.B.** a la dirección de correo electrónico **E.E.E.** del denunciante incumplía las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI. Para ello, se valoran los siguientes elementos fácticos:

En primer lugar, tanto la contestación de ese Club al requerimiento de información que le fue realizado por esta Agencia durante las actuaciones previas de inspección, en la que se indicaba que la dirección de correo electrónico del denunciante procedía de *“una oferta comercial en enero de 2007 en la cual el titular de la cuenta puso a la venta una bicicleta y el correo de contacto **D.D.D.**”*, como el contenido del correo electrónico enviado con fecha 23 de julio de 2015 por ese Club al denunciante, del que se desprendía que habían obtenido su dirección de un foro de Internet, ponen de manifiesto que la comunicación comercial recibida por el denunciante no había sido solicitada previamente por éste y que no mediaba una autorización previa y expresa del mismo que habilitase su remisión a la afectada.

En segundo lugar, y en relación con lo expuesto en el punto anterior, la aparición de un correo electrónico como dato de contacto en un determinado foro de internet no supone que la persona física o jurídica titular del dato mostrado autorice su uso para finalidades distintas de las que motivaron la inclusión de ese dato. Es decir, el hecho de que sea una información accesible por Internet no conlleva ningún tipo de autorización del titular del dato para la remisión de comunicaciones comerciales por medios de comunicación electrónica, siendo ésta una acción que responde a la exclusiva voluntad del Club denunciado de dar un uso publicitario a dicho dato.

Atendido que el envío de este tipo de comunicaciones requiere el consentimiento previo y expreso de su destinatario, 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 únicamente las contempladas en el artículo 3.j) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, 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”.

En tercer lugar, el artículo 21.2 de la LSSI señala que se puede enviar publicidad sin mediar el consentimiento expreso y previo siempre que haya existido una relación contractual previa entre el destinatario y el emisor del envío, 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 el supuesto analizado, el Club denunciado ha reconocido que no media relación contractual previa con el denunciante.

En consecuencia, a la luz de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento cabe concluir que el Club denunciado ha incurrido en la infracción del artículo 21.1 de la LSSI al enviar un correo electrónico comercial al denunciante que no contaba 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 el Club remitente y el destinatario de dicho correo electrónico comercial, en este caso el denunciante.

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.”.

VI

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 de la LSSI, esta Agencia considera que en el presente caso procedería apercibir al denunciado, ya que junto con la necesaria concurrencia de los requisitos recogidos en

las letras a) y b) del citado precepto se produce la circunstancia recogida en el artículo 39 bis 1.a) de la misma norma. Así, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del Club ciclista denunciado teniendo en cuenta que la infracción se refiere a la remisión de una única comunicación comercial y concurren en forma significativa de los criterios a), d) y e) 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.

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 la entidad denunciada, toda vez que la situación irregular analizada ya ha sido subsanada al haberse dado de baja por el Club Ciclista XXXXX la dirección de correo electrónico del denunciante de la base de datos utilizada para la remisión del envío no autorizado objeto de estudio.

Por tanto, esta Agencia no podría apercibir al Club denunciado responsable de la comisión de la infracción al artículo 21.1 de la LSSI requiriéndole la adopción de medidas correctoras que evitasen el tratamiento del correo electrónico del denunciante para el envío de posteriores correos electrónicos con fines publicitarios, puesto que tales medidas ya han sido llevadas a cabo por el citado Club a los efectos de hacer efectivo el derecho de oposición manifestado por el 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.

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 practicadas.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

- 1. ARCHIVAR** el procedimiento (**A/00427/2015**) seguido al **CLUB CICLISTA XXXXX**, 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 citada norma.
- 2.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo al **CLUB CICLISTA XXXXX**.
- 3.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo a Don **A.A.A.**.

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

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en 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