



Procedimiento N°: A/00476/2016

RESOLUCIÓN: R/00551/2017

En el procedimiento A/00476/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **KIPLY KNOWLEDGE IS POWER, S.L.**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.**, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 2 de agosto de 2016 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por Don **A.A.A.**, en adelante el denunciante, poniendo de manifiesto lo siguiente:

1. La recepción de correos electrónicos comerciales en su cuenta de correo electrónico: **F.F.F.**, en las siguientes fechas:

19/02/2016 desde la dirección: **D.D.D.**

27/05/2016 desde la dirección: **C.C.C.**

30/05/2016 desde la dirección: : **C.C.C.**

2. Los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios del anunciante.
3. No ha solicitado o autorizado previamente dichos envíos.
4. Ha solicitado la baja mediante los siguientes correos electrónicos:

02/03/2016 a la dirección de correo **D.D.D.**, con el literal “*Procedemos a denunciarles por spam*”.

28/05/2016 a la dirección **C.C.C.**, con el literal “*Dejen de enviar spam, procedemos a denunciarles ante la Agencia de Protección de Datos*”.

16/07/2016 a la dirección **C.C.C.**, con el literal “*Dejen de enviar spam. Unimos este nuevo spam a la denuncia presentada ante la Agencia Española de Protección de Datos*”.

Aduce que no ha utilizado los enlaces de BAJA existentes en las comunicaciones por el peligro que conlleva seguir enlaces de terceros que realizan comunicaciones ilícitas en Internet.

5. El denunciante identifica como responsable de los envíos a KIPLY KNOWLEDGE IS POWER, S.L., en adelante KIPLY, la denunciada o inculpada.

El denunciante adjunta copia de la siguiente documentación:

- a) Correos electrónicos recibidos junto con sus cabeceras de Internet completas.

b) Solicitud/es de baja enviadas a las direcciones electrónicas mencionadas.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se tiene conocimiento de los siguientes extremos:

1. Los correos electrónicos disponen de una opción válida donde pueda ejercitarse el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos, bajo el literal CANCELAR SUSCRIPCIÓN. El denunciante no ha utilizado dicha opción.
2. En respuesta a la solicitud de información realizada desde la Subdirección General de Inspección de Datos de la AEPD, se recibe un escrito del representante de KIPLY KNOWLEDGE IS POWER, S.L, en el que manifiestan en referencia a los hechos denunciados que:
 - 2.1. La dirección de correo electrónico **F.F.F.** ha sido obtenida de una fuente de acceso público, concretamente: de la página 43 de la Guía “*Quien te ayuda a emprender*”, publicada junto al número 200 de la revista Emprendedores en el año 2014. La citada cuenta pertenece a la Asociación Andaluza de Comercio Electrónico y se ha recopilado y registrado con el fin de investigación de posibles clientes potenciales.
 - 2.2. No ha existido ni existe ningún tipo de relación contractual con el titular de la cuenta de correo mencionada.
 - 2.3. Los correos que el denunciante manifiesta haber recibido corresponden a comunicaciones realizadas por la empresa KIPLY KNOWLEDGE IS POWER, S.L. a través de un proveedor externo. Las direcciones de correo electrónico que figuran como remitentes de los envíos pertenecen a **B.B.B.**, administrador de la sociedad.
 - 2.4. La entidad proporciona en todas las comunicaciones mencionadas un *método gratuito y simple para oponerse a dichas comunicaciones, con el texto: “ Si no quieres recibir más correos haz clic aquí” o “Cancela tu suscripción”*. Dichas enlaces corresponden a URLs utilizadas por el proveedor para tramitar de forma automática todas las solicitudes de baja habiéndose verificado el correcto funcionamiento.
 - 2.5. La entidad no dispone de servidores de correo propios, utilizando servidores externos. Se accedió a los buzones de correo electrónico de las direcciones: **D.D.D.** y **C.C.C.**, haciendo una búsqueda de los mensajes que contuviesen el texto literal **F.F.F.** e incluso de los textos que aparecen en los correos supuestamente remitidos, no obteniéndose información al respecto.
 - 2.6. Las direcciones IP **H.H.H.**, **G.G.G.** y **I.I.I.** son direcciones públicas desde las que ANDCE supuestamente responde a las comunicaciones de la entidad. Se procedió a verificar su inclusión en listas negras o listas SPAM y, efectivamente, algunas de ellas figuran en listas negras reconocidas como Protected Sky, SORBS DHUL y Spamhaus ZEN (por ejemplo).
 - 2.7. Los proveedores de correo de la empresa tienen implementados filtros antispam automáticos. Aunque los parámetros o reglas de dichos filtros no son públicos, la gran mayoría de ellos utilizan para detectar comunicaciones no deseadas y potencialmente peligrosas las listas de SPAM mencionadas y

palabras clave en el cuerpo del mensaje como “SPAM”.

- 2.8. Se puede concluir, que la entidad no recibió y, consecuentemente, no tuvo constancia de ninguna comunicación por parte de ANDCE oponiéndose a dichas comunicaciones

TERCERO: Con fecha 22 de noviembre 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/00476/2016. Dicho acuerdo fue notificado a la denunciada con fecha 28 de noviembre de 2016.

CUARTO: Con fecha 15 de diciembre de 2016, se recibe en esta Agencia escrito de la denunciada en el que reitera las manifestaciones realizadas con anterioridad referidas a que la dirección de correo electrónico ha sido obtenida de una fuente de acceso público. Insiste en que KIPLY no recibió en ningún momento comunicación de la A Asociación Andaluza de Comercio Electrónico comunicando su oposición o dándose de baja mediante el enlace habilitado al efecto en los correos electrónicos.

Se aporta un informe pericial elaborado por un miembro del cuerpo oficial de peritos del CPEIG que concluye afirmando que las solicitudes de oposición realizadas por el denunciante pudieron pasar automáticamente a las carpetas de spam de servidores externos de correo de KIPLY, lo que explicaría también que no se haya localizado ninguna comunicación al realizarse búsquedas automáticas de las mismas dado que los servidores de correo tienen implementada una eliminación temporal automática del contenido de la carpeta spam.

Se añade que el informe pericial aportado acredita que el procedimiento de baja habilitado funciona correctamente, por lo que si el denunciante tras recibir el primer envío hubiese utilizado el enlace incluido en el mismo la solicitud de baja hubiera sido procesada correctamente a través de la plataforma de la entidad.

Aunque no ha existido ni existe relación con el denunciante, teniendo en cuenta que la entidad es una microempresa que no dispone de medios de control avanzados no puede descartarse que el denunciante se suscribiese en algún momento a la newsletter, descargase el productos o se efectuase a alguna llamada para recabar su consentimiento.

Para que no vuelva a suceder un hecho como el denunciado han tomado las medidas siguientes:

- a) Mantener el proceso de bajas automáticas para los envíos de campañas de email marketing. Revisar las bajas e incluirlas en un Excell de bajas para no enviar a esos contactos.
- b) Crear una “regla de correo” en todas las cuentas desde las que se envían campañas para que aquellos correos que contienen las palabras “baja” o “spam” se envíen automáticamente a una carpeta con el nombre “Revisar” para controlar dichos correos.
- c) Incluir el correo electrónico del denunciante en el Excell de bajas y eliminarlo de todas las listas de envío.

QUINTO: Con fecha 27 de febrero de 2017 se verifica que en el “Aviso Legal” y en la página de contacto del sitio web www.andce.es de la Asociación Andaluza de

Comercio Electrónico, en adelante ANDCE, aparece como dato de contacto la dirección de correo electrónico: **F.F.F.**.

Asimismo, el denunciante aparece citado como Presidente de dicha Asociación en la página web <http://E.E.E.>, constando dicha circunstancia en números expedientes seguidos por esta Agencia así como la condición de usuario del mismo de la cuenta de correo electrónico en la que se recibieron las comunicaciones comerciales denunciadas..

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Consta que el denunciante recibió en su cuenta de correo electrónico: **F.F.F.** las comunicaciones comerciales que a continuación se indican promocionando la descarga de productos y servicios de la entidad denunciada :

Correo electrónico de fecha 19/02/2016 desde la dirección: **D.D.D.**

Correo electrónico de fecha 27/05/2016 desde la dirección: **C.C.C.**

Correo electrónico de fecha 30/05/2016 desde la dirección: : **C.C.C.**

SEGUNDO: Los tres envíos citados ofrecían un enlace para oponerse a la recepción de dichas comunicaciones con el texto: “*Si no quieres recibir más correos haz clic aquí*” o bien “*Cancela tu suscripción*”.

TERCERO: El denunciante no utilizó el enlace de baja incluido en las comunicaciones denunciadas para manifestar su oposición, solicitando la baja mediante el envío de los siguientes correos electrónicos:

Correo electrónico de fecha 19/02/2016 a la dirección **C.C.C.**, con el literal “*Procedemos a denunciarles por spam*”.

Correo electrónico de fecha 28/05/2016 a la dirección **C.C.C.**, con el literal “*Dejen de enviar spam, procedemos a denunciarles ante la Agencia de Protección de Datos*”.

Correo electrónico de fecha 16/07/2016 a la dirección **C.C.C.**, con el literal “*Dejen de enviar spam. Unimos este nuevo spam a la denuncia presentada ante la Agencia Española de Protección de Datos*”.

CUARTO: La denunciada obtuvo el dato del correo electrónico **F.F.F.** de la página 43 de la Guía “*Quien te ayuda a emprender*” con “Contactos, productos y servicios para montar tu empresa”, publicada junto al número 200 del año 2014 de la revista Emprendedores.

En dicha Guía figuran anunciados los servicios prestados por la Asociación Andaluza de Comercio Electrónico (ANDCE) junto con sus datos de contacto, entre los que se facilita la cuenta de correo electrónico **F.F.F.**

QUINTO: Se ha verificado que en la página de contacto del sitio web www.andce.es aparece como dato de contacto la dirección de correo electrónico: **F.F.F.**

SEXTO: La empresa KIPLY ha tomado las siguientes medidas correctoras para no volver a incurrir en la infracción denunciada:

- a) Mantener el proceso de bajas automáticas para los envíos de campañas de email marketing, revisar las bajas e incluirlas en un Excell de bajas para no enviar a esos contactos.
- b) Crear una “regla de correo” en todas las cuentas desde las que se envían campañas para que aquellos correos que contienen las palabras “baja” o “spam” se envíen automáticamente a una carpeta con el nombre “Revisar” para controlar dichos correos.
- c) Incluir el correo electrónico del denunciante en el Excell de bajas y eliminarlo de todas las listas de envío.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el 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).

II

El artículo 21 de la LSSI dispone 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 y expresa del consentimiento por el destinatario, salvo que exista una relación contractual anterior en los términos especificados en el artículo 21.2 de la LSSI, y siempre que el destinatario no haya manifestado su voluntad en contra.

Añade el artículo 22.1 lo siguiente: *“El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.*

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. 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.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos”

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.

A su vez, 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"*.

III

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si los correos electrónicos comerciales enviados a la dirección **F.F.F.** del denunciante desde la cuenta **D.D.D.**, con fecha 19 de febrero de 2016, y desde la cuenta **C.C.C.**, con fechas 27 y 30 de mayo de 2016, incumplían las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI.

Para ello se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, estamos ante envíos que responden a la definición de comunicación comercial recogida en el Anexo f) de la LSSI anteriormente transcrito, en tanto que promocionan productos y servicios comercializados por la empresa denunciada.

En segundo lugar, el hecho de que el correo electrónico utilizado para remitir los envíos denunciados procediese de la Guía *"Quien te ayuda a emprender"* con "Contactos, productos y servicios para montar tu empresa", publicada junto al número 200 del año 2014 de la Revista Emprendedores, prueba que las comunicaciones comerciales objeto de análisis no habían sido previamente solicitadas a la entidad denunciada por el destinatario de las mismas, en este caso la ANDCE, al igual que también muestra que KIPLY no contaba con autorización expresa de dicha Asociación, - de la que consta en esta Agencia el denunciante es Presidente además de usuario de la dirección **F.F.F.**-, para usar las señas electrónicas publicadas en dicha Guía con una finalidad distinta de la de contactar con esa Asociación para obtener información sobre sus servicios.

En tercer lugar, no debe olvidarse que la LSSI, que es la norma específica aplicable al supuesto estudiado, establece que la remisión de comunicaciones comerciales por correo electrónico precisa del consentimiento previo y expreso de sus destinatarios, circunstancia que, evidentemente no se produce cuando el dato proviene de una fuente de las definidas en los artículos 3.j) de la LOPD y 7.1.c) del RLOPD como accesibles al público, ello sin entrar a considerar si la denominada "Revista Emprendedores" del año 2014 es, o no, una fuente accesible al público.

En cuarto lugar, aunque de las actuaciones practicadas en el procedimiento y de la documentación aportada por el denunciante no se acredita la recepción efectiva por la denunciada de las solicitudes de baja dirigidas por el destinatario de los envíos a la denunciada, dicha circunstancia no modifica la responsabilidad de KIPLY en la comisión de la infracción a lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LSSI, habida cuenta

que ésta envió las comunicaciones comerciales estudiadas sin contar con el consentimiento previo y expreso de su destinatario, tal y como se ha razonado con anterioridad.

Al hilo de lo cual, y atendido que el destinatario de los envíos no utilizó el enlace de baja ofrecido en los correos electrónicos denunciados aduciendo razones de seguridad que, por otra parte, también alcanzarían a la remisión de las peticiones de baja que éste dirigió a la dirección de correo electrónico **C.C.C.** con fechas 19 de febrero y 27 y 30 de mayo de 2016, se significa que esta Agencia considera más efectivo utilizar en este tipo de solicitudes de oposición el procedimiento de baja ofrecido en las propias comunicaciones comerciales por el prestador de servicios de la sociedad de la información remitente de las mismas, toda vez que dichos procedimientos responden a las exigencias recogidas en el artículo 21.2 de la LSSI a fin de garantizar a través de mecanismos creados con esa exclusiva finalidad la negativa de los afectados al uso de sus señas electrónicas con fines promocionales.

Sentado lo anterior, debe señalarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LSSI la infracción derivada del envío del correo electrónico de fecha 19 de febrero de 2016 está prescrita, toda vez entre esa fecha y el acuerdo de audiencia previa al apercibimiento adoptado el 22 de noviembre de 2016 habían transcurrido más de seis meses, plazo que prácticamente ya había transcurrido cuando se registró de entrada en esta Agencia con fecha 2 de agosto de 2016 la denuncia relativa a los hechos analizados.

Consecuentemente, a la luz de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento cabe concluir que la entidad denunciada ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar dos correos electrónicos comerciales al denunciante con fechas 27 y 30 de mayo de 2016 sin contar con su consentimiento previo y expreso 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 la entidad remitente y el destinatario de los envíos en cuestión.

IV

El Título VII de la LSSI bajo la rúbrica “*Infracciones y sanciones*” contiene el régimen sancionador aplicable en caso de que se produzca alguna de las infracciones contenidas en el cuadro de infracciones que en el mismo se recoge.

En concreto, el artículo 37 especifica que “los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente Ley les sea de aplicación” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

La definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del Anexo de la citada norma que considera como tal la “*persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información*”, y dentro de la cual se encuadra TME como remitente de las comunicaciones comerciales objeto de estudio.

De conformidad con lo establecido en el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:

“3. Son infracciones graves:

c) *El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro*

medio de comunicación electrónica equivalente, a su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”.

“4. Son infracciones leves:

d) 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 este caso a partir del conjunto de hechos y circunstancias constatadas en el procedimiento y vistos los fundamentos de derecho anteriores, la conclusión que se desprende es que la conculcación de artículo 21.1 de la LSSI por parte de la entidad denunciada se ajusta al tipo de infracción calificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, ya que el envío de dos comunicaciones comerciales por correo electrónico no autorizadas ni solicitadas por el denunciante no puede calificarse como de insistente o sistemático.

V

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.”

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.”*

A la vista de lo previsto en el apartado segundo del artículo 39.bis, esta Agencia considera que en el presente caso procedería apercibir a la entidad denunciada en atención a que se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado precepto, y, junto a ello, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la denunciada en los términos del artículo 39.bis 1.a) teniendo en cuenta la concurrencia significativa de los criterios a), d), e) y f) del artículo 40 de la LSSI, que se concretan en la ausencia de intencionalidad, falta de pruebas de perjuicios causados al denunciante, así como falta de constancia tanto de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción como de que a raíz de ésta se haya visto afectado el volumen de facturación de la mercantil denunciada.

VI

Ahora bien, en el presente caso, 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 ésta ha comunicado a esta Agencia que ya se han adoptado las medidas correctoras oportunas para subsanar la situación irregular que nos ocupa al haberse dado de baja por KIPLY en sus ficheros al usuario **F.F.F.** a los efectos de que no continuase recibiendo comunicaciones comerciales por medios electrónicos de esa empresa.

Por tanto, esta Agencia no podría apercibir a la entidad 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.

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 advierte a propósito de la naturaleza jurídica del apercibimiento que *“no constituye una sanción”*, tratándose de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, procede el archivo del presente procedimiento, en armonía con la doctrina de la Audiencia Nacional recogida, entre otras, en sus Sentencias de fechas 29/11/2013 (Rec. 455/2011) y 10/06/2014 (Rec. 166/2013),

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **ARCHIVAR** el procedimiento (**A/00476/2016**) seguido a la mercantil **KIPLY KNOWLEDGE IS POWER, S.L.**, 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 a **KIPLY KNOWLEDGE IS POWER, S.L.**

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