



Expediente Nº: E/00095/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante el **INSTITUTO DE POSTGRADO EN TERAPIA MANUAL S.L. (INSTEMA S.L.)** en virtud de la denuncia presentada por **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha de 28 de octubre de 2016 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia presentada por **B.B.B.**, en adelante el denunciante, contra el INSTITUTO DE POSTGRADO EN TERAPIA MANUAL S.L. (INSTEMA S.L.), relativa a la recepción de comunicaciones comerciales remitidas desde la dirección **...@instema.net**, sin que éstas hayan sido solicitadas o expresamente autorizadas y que se remiten después de haber solicitado de forma reiterada el cese del envío de tales comunicaciones electrónicas.

El denunciante aporta la siguiente documentación:

a) Solicitudes de Baja remitidas por correo electrónico desde la dirección **....1@gmail.com** a la dirección **...@instema.net**, con el asunto BAJA, los días 30 de abril, 4 de agosto, 5 de septiembre, 9 de septiembre y 22 de diciembre de 2015, y 13 de octubre y 27 de octubre de 2016.

b) Correos electrónicos recibidos los días 13 de octubre de 2016 y 27 de octubre de 2016 en la dirección **...@gmail.com** junto con sus cabeceras completas. Las cabeceras completas son necesarias porque incluyen identificación de los servidores de correo por los que el mensaje transitó hasta su destino.

SEGUNDO.- Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. El denunciante recibe en su cuenta de correo **...@gmail.com** correos electrónicos los días 13 de octubre y 27 de octubre de 2016.

2. En los citados correos electrónicos se indica que
*“Si no desea recibir más comunicaciones comerciales de INSTEMA puede darse de baja enviando un mail a **...@instema.net** con el asunto “Baja”.*

En los mismos se publicitan los servicios ofertados en la web **www.instema.net**, en cuyo Aviso Legal se identifica a Instituto de Postgrado de Terapia Manual INSTEMA S.L. como responsable de la página web.

3. En respuesta a la solicitud de información realizada por esta Agencia, se recibe escrito de INSTITUTO DE POSTGRADO EN TERAPIA MANUAL (INSTEMA) en el que dicha entidad manifiesta, en relación con los hechos denunciados, lo siguiente:

“Tenemos todos nuestros ficheros dados de alta según lo marca la LOPD en la AGENCIA DE PROTECCIN DE DATOS. (Se adjuntan) (...)

Les ofrecemos, en cada una de las comunicaciones, la posibilidad de darse de baja de la suscripción a todos aquellos que lo reciben (texto incluido en el pie de los e-mails). A parte de que esta baja se realice automáticamente a través del programa informático, se revisa por nuestro personal y por un técnico de la empresa informática que nos presta soporte. (...)

Desde la dirección1@gmail.com nos solicitan la baja de nuestro newsletter el 14/10/2016. Procedemos a dar de baja el e-mail atendiendo a la petición del usuario.

El día 27/10/2016 vuelve a ponerse en contacto con nosotros porque ha recibido otra comunicación y en este momento comienzan sus amenazas en tono despectivo. En todo momento intentamos que nos ofrezca más información para poder detectar dónde está el problema ya que su e-mail ya fue dado de baja y no existe en nuestra base de datos. Se niega en rotundo a colaborar y cursa la denuncia (Se adjunta conversación por e-mail).

Finalmente, tras un extenso rastreo de nuestra base de datos, nuestros técnicos informáticos encuentran otro mail@gmail.com que no es desde donde nos solicita la baja. Procedemos a eliminarla de las listas.

Podrán ver en los e-mails que en todo momento se demuestra nuestra voluntad por eliminar la cuenta de la base de datos y de encontrar el problema para que esta persona dejara de recibir nuestras comunicaciones. Cosa que fue complicada por la nula voluntad de cooperación del afectado (.....)

En las 2 últimas páginas mandamos 2 correos donde, desde el equipo técnico de informática, localizan la cuenta@gmail.com y la eliminan de la lista de correos”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el art. 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, la LSSI).

II



El art. 37 de la LSSI establece como sujetos sobre los que impone su régimen sancionador a *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información”*

Para determinar qué sujetos se ajustan a dicha definición, ha de acudirse a lo dispuesto en el Anexo de la citada ley, que define al *“Prestador de servicios”* (apartado) *“como la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*. Lo que se completa con la definición que sobre *“Servicios de la sociedad de la información o servicios”* ofrece el apartado a), del Anexo: *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica ya 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:

1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.
2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.
3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.
4. El envío de comunicaciones comerciales.
5. El suministro de información por vía telemática.”

III

Por su parte, el artículo 21 de la LSSI 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”.

En el presente caso ha quedado acreditada la remisión por el denunciado de correos electrónicos promocionando sus productos y servicios, sin que aquél haya acreditado el origen de la dirección de correo del denunciante ni su consentimiento para el envío de tales comunicaciones comerciales.

IV

El artículo 39 bis de la LSSI, bajo el epígrafe “Moderación de la 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 aquélla en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis.

Trasladando las consideraciones precedentes al supuesto que analizamos, se



observa que la presunta infracción de la LSSI del denunciado, constituiría una infracción “leve”; que esa entidad no ha sido sancionada o apercibida por la AEPD en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 39 bis.1 de la LSSI, teniendo en cuenta que sólo se emitieron 2 correos y la falta de constancia de beneficios obtenidos y perjuicios ocasionados.

V

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante comunicaciones comerciales no solicitadas, lo que significaría una actuación infractora por parte de la entidad denunciada, ésta al tener noticia de los hechos aquí expuestos, ha comunicado a esta Agencia que ha procedido a dar de baja al denunciante *“(...) tras un extenso rastreo de nuestra base de datos, nuestros técnicos informáticos encuentran otro mail@gmail.com que no es desde donde nos solicita la baja. Procedemos a eliminarla de las listas (...)”*

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2013 (Rec. 455/ (2011), Fundamento de Derecho Sexto, que pese a referirse al apercibimiento regulado en el art. 45.6 de la LOPD tiene plena aplicación al apercibimiento regulado por la LSSI.

La Audiencia Nacional a propósito de la naturaleza jurídica de esta figura, advierte que “no constituye una sanción” y que se trata de “medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción” que sustituyen a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD (debemos entender hechas las consideraciones por lo que aquí respecta, al artículo 39 bis.2 de la LSSI) confiere a la AEPD 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 la alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquélla– cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando las medidas correctoras pertinentes ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho será acordar el Archivo de las actuaciones.

En el presente caso y teniendo en cuenta las circunstancias del mismo, este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir al denunciado a fin de que adopte las oportunas medidas correctoras.

Sin embargo, en base a los principios de intervención mínima y proporcionalidad que informan la capacidad de actuación de esta Agencia y teniendo en cuenta que las medidas correctoras que procedería imponer fueron ya adoptadas por iniciativa propia, en armonía con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional recogido en la SAN de 29711/2013 (REc. 455/2011) debe procederse al archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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



SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución **INSTITUTO DE POSTGRADO EN TERAPIA MANUAL S.L. (INSTEMA S.L.)** y a **B.B.B.**

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 este 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