

Expediente N°: E/00096/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **ERIC SARRION CONSULTING** en virtud de denuncia presentada por Don **C.C.C.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 26 de octubre de 2016 tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por don **C.C.C.**, en adelante el denunciante, relativa a la recepción de comunicaciones comerciales no solicitadas ni expresamente autorizadas en la dirección de correo electrónico **E.E.E.**, remitidas desde una empresa identificada por el dominio **F.F.F.**, a la que ha solicitado en dos ocasiones el cese en el envío de tales comunicaciones sin recibir ninguna respuesta al respecto.

El denunciante aporta la siguiente documentación:

- a) Correos electrónicos recibidos los días 23 de abril, 20 de junio, 22 de agosto y 23 de octubre de 2016, junto con sus cabeceras de Internet completas. Las cabeceras completas son necesarias porque incluyen la identificación de los servidores de correo por los que el mensaje transitó hasta su destino.
- b) Solicitudes de baja remitidas a las direcciones **D.D.D.** y **B.B.B.** los días 24 de abril y 20 de junio de 2016.

Asimismo, el denunciante afirma, sin acreditarlo, que está inscrito en el fichero común de exclusión Lista Robinson de ADIGITAL

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:

2.1 El denunciante ha recibido en su cuenta de correo electrónico **E.E.E.** con fechas 23 de abril, 20 de junio, 22 de agosto y 23 de octubre de 2016 un total de cuatro correos electrónicos procedentes de la cuenta de correo electrónico **D.D.D.**. Todos ellos contienen un enlace con el texto "STOP",

2.2 Los envíos denunciados promocionan inscribirse en el sitio **F.F.F.** para ganar nuevos clientes.

2.3 El dominio **F.F.F.** está registrado a nombre de ERIC SARRION CONSULTING, en adelante la denunciada, empresa especializada en formación en nuevas tecnologías.

2.4 La entidad denunciada está domiciliada en 17 **A.A.A.** (Francia)

2.5 En respuesta a la solicitud de información realizada por esta Agencia a la citada entidad, se recibe correo electrónico de ERIC SARRION CONSULTING comunicando que se ha procedido a eliminar de sus bases de datos el correo electrónico del denunciante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 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

Con carácter previo al fondo del asunto conviene estudiar si a ERIC SARRION CONSULTING, que es una empresa francesa, le resulta de aplicación la LSSI y, en su caso, la competencia sancionadora otorgada por dicha norma a la AEPD.

Conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la LSSI bajo la rúbrica *“Prestadores de servicios establecidos en España”*:

“1. Esta Ley será de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos.

Se entenderá que un prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección.

2. Asimismo, esta Ley será de aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España.”

Sin perjuicio de lo cual, añade el artículo 3 de la LSSI, bajo la rúbrica *“Prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo”* lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 7.1 y 8, esta Ley se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a las materias siguientes:

- a) Derechos de propiedad intelectual o industrial.*
- b) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.*
- c) Actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.*
- d) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores.*
- e) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato.*

f) Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.

2. En todo caso, la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España se sujetará a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español.

3. Los prestadores de servicios a los que se refiere el apartado 1 quedarán igualmente sometidos a las normas del ordenamiento jurídico español que regulen las materias señaladas en dicho apartado.

4. No será aplicable lo dispuesto en los apartados anteriores a los supuestos en que, de conformidad con las normas reguladoras de las materias enumeradas en el apartado 1, no fuera de aplicación la ley del país en que resida o esté establecido el destinatario del servicio.”

Según el artículo 3 de la LSSI transcrito, dicha norma resulta de aplicación a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten, entre otras materias, a la licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, siempre que resulten aplicables las normas reguladoras de esta materia. Estas circunstancias se cumplen en el supuesto analizado, motivo por el cual a la empresa denunciada le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 21 de la LSSI y, en consecuencia, el régimen sancionador contemplado en esa norma.

III

Por su parte el artículo 37 de la LSII 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 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:

- 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.”*

A su vez, la LSSI define en su Anexo f) como: “ *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.*”

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

A su vez, 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 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” (el subrayado es de la AEPD)

En el presente caso de las actuaciones practicadas se desprende que la remisión de los cuatro correos electrónicos comerciales recibidos por el denunciante en su cuenta **B.B.B.**, entre el 23 de abril y el 23 de octubre de 2016, se llevó a cabo desde una dirección de correo electrónico asociada a un dominio titularidad de la entidad ERIC SARRION CONSULTING. Sobre esta cuestión, señalar que las cabeceras completas de Internet de dichos envíos aportadas por el denunciante han permitido identificar los servidores de correo por los que los

reseñados mensajes transitaron desde su origen hasta su destino.

Probada la realización de dichos envíos por la empresa denunciada, sin embargo ésta no ha acreditado contar con el consentimiento previo y expreso del denunciante para ello requerido en el artículo 21.1 de la LSSI, no habiendo probado tampoco la existencia de una relación contractual anterior entre ambas partes en los términos del primer párrafo del artículo 21.2 de la LSSI que le hubiera eximido de la exigencia de dicho consentimiento.

Por otra parte, respecto de las solicitudes de baja que el denunciante aporta como remitidas a la mencionada empresa, con fechas 24 de abril y 20 de junio de 2016, debe indicarse que en el expediente no consta acreditada su recepción por el destinatario de las mismas, desconociéndose, por tanto, si fueron efectivamente recibidas por la empresa denunciada.

Consecuentemente, a la luz de los elementos fácticos obrantes en el expediente, cabe concluir que los hechos analizados suponen la vulneración por parte de ERIC SARRION CONSULTING de la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI, conducta tipificada como infracción leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI que establece como tal: *“El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave”*, conducta que puede ser sancionada con multa de hasta 30.000 € de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la citada LSSI.

V

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 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.*”

De conformidad con lo previsto en el apartado segundo del artículo 39.bis, esta Agencia considera que en el presente caso procedería apercibir a la denunciada en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del apartado 2 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 de la entidad remitente de las comunicaciones comerciales denunciadas, teniendo en cuenta que concurren en forma significativa los criterios a), e) y f) de ausencia de intencionalidad, falta de constancia de que la comisión de la infracción haya producido beneficios al infractor o afectado al volumen de facturación del mismo.

VI

Ahora bien, en el presente supuesto, 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 denunciada. Téngase en cuenta que tan pronto como la empresa ERIC SARRION CONSULTING recibió el requerimiento de información de esa Agencia relativo a los hechos denunciados, procedió a subsanar la situación irregular dando de baja el correo electrónico del denunciante de sus ficheros a fin de evitar que éste recibiera en el futuro nuevos envíos de esta naturaleza en sus señas electrónicas, a lo que debe añadirse que no consta que con posterioridad a la denuncia dicha empresa remitiera ninguna otra comunicación comercial posterior a la dirección de correo electrónico del denunciante.

Por tanto, esta Agencia no podría apercibir a la empresa denunciada por la comisión de la infracción al artículo 21 de la LSSI requiriéndole la adopción de medidas correctoras que evitasen el tratamiento del correo electrónico del denunciante para el envío de posteriores comunicaciones comerciales al mismo con arreglo a lo dispuesto en dicho precepto, puesto que dichas medidas ya han sido llevadas a cabo por la denunciada por propia iniciativa.

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), reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referentes a los supuestos en los que el sujeto responsable de la infracción ha adoptado por iniciativa propia y, en forma diligente, las medidas correctoras oportunas para subsanar la situación creada, tal y como ha hecho la empresa denunciada al suprimir de sus ficheros la dirección de correo electrónico del denunciante, debe procederse al archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

VI

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 a **ERIC SARRION CONSULTING** y a Don **C.C.C..**

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

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

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de 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