

Expediente Nº: E/00769/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **DIGITAL MEDIA PUBLICIDAD, MARKETING Y DISTRIBUCIÓN, S.L.** en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 14 de diciembre de 2017 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **A.A.A.**, en adelante el denunciante, cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

1. Recibe correos electrónicos en su cuenta *****EMAIL.1** con origen en una dirección del dominio @b.e.digitalmedia-comunicación.es.
2. Los correos electrónicos que recibe disponen de una dirección electrónica www.soloaqui.es/bajas mediante la que solicitar la baja de la lista de destinatarios pero devuelven un mensaje de error "El email indicado no está dado de alta en nuestra base de datos".
3. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios continúa recibiendo correos electrónicos.
4. El denunciante identifica como responsable de los envíos a **DIGITAL MEDIA PUBLICIDAD, MARKETING Y DISTRIBUCIÓN, S.L.**

La denuncia aporta copia de la siguiente documentación:

- a) Un correo electrónico recibido junto con su cabecera completa.
- b) Respuesta recibida a la solicitud de baja enviada.

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 *****EMAIL.1** un correo electrónico de fecha 12/12/2017 de una cuenta terminada en @b.e.digitalmedia-comunicación.es.
2. El correo electrónico contienen información comercial referente a productos y servicios de JAZZTEL.
3. El correo electrónico **dispone** de un enlace web válido donde puede ejercitarse el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales o revocar el consentimiento que prestado previamente para el envío de los mensajes.

Se ha comprobado que el enlace lleva a la página principal del sitio web www.soloaqui.es/bajas en la que ha podido localizarse información sobre como

ejercitar el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales.

Se ha comprobado que al enviar un correo electrónico se obtiene como respuesta un mensaje de en el que se informa de que “El email *****EMAIL.1** no está dado de alta en nuestra base de datos”.

4. El dominio www.digitalmedia-comunicación.es está registrado a nombre de **B.B.B.**.
El dominio www.digitalmedia-comunicación.es remite al dominio digitalmedia-comunicación.com.
En el sitio web citado se identifica al responsable del mismo como la entidad denunciada.
El sitio web dispone de una política de privacidad que ofrece una dirección electrónica donde ejercer la oposición o solicitar la revocación del consentimiento
5. La entidad denunciada es una microempresa, según búsqueda en Axesor.
6. En respuesta a la solicitud de información realizada por la inspectora actuante, se recibe un escrito del representante **B.B.B.** de la entidad denunciada **DIGITAL MEDIA PUBLICIDAD, MARKETING Y DISTRIBUCIÓN, S.L.** (en adelante **DIGITAL MEDIA**) en el que manifiesta en referencia a los hechos denunciados que:
 - 6.1. El origen del dato de la dirección de correo electrónico del denunciante es la entidad **AD735 DATA MEDIA ADVERTISING, S.L.** (en adelante **AD735**), desde la fecha 4/4/2015 en que se dio de alta en el sitio www.premium-sales.es/terms.html.
 - 6.2. En fecha 5/7/2017 la entidad denunciada y la entidad **AD735**, suscribieron un contrato de prestación de servicios de explotación de la base de datos de **AD735**, en el que esta entidad proporcionaría su base de datos a **DIGITAL MEDIA** con las direcciones de correo electrónico y los números de teléfono de sus clientes que habían mostrado su disposición favorable a ser contactados por anunciantes con fines comerciales.
 - 6.3. El citado contrato establecía que la **DIGITAL MEDIA** debía asegurarse que los anuncios fueran enviados a los clientes en nombre de la entidad contratante **AD735**, incluyendo la información sobre el responsable del fichero y adonde dirigirse los interesados para ejercer los derechos ARCO, y que en caso de recibir solicitud de derechos ARCO dicho responsable informaría inmediatamente a **DIGITAL MEDIA** para añadir al interesado a la lista de supresión.
 - 6.4. Tras la solicitud de información de la AEPD, **DIGITAL MEDIA** ha constatado que al realizar el envío al denunciante se le informó erróneamente de los datos del responsable del fichero y de los derechos ARCO con la dirección de **DIGITAL MEDIA** en lugar de la dirección de **AD735**.
 - 6.5. Por este motivo, cuando el denunciante ejerce su derecho de cancelación frente a **DIGITAL MEDIA** en lugar de frente a **AD735**, el sistema detecta que sus datos no figuran en la base de datos de **DIGITAL MEDIA**.

6.6. El error ha sido consecuencia de un error humano en la inclusión de la cláusula informativa errónea, que ya ha sido solventado.

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 LSSI).

II

El artículo 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 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.”*

Por lo expuesto, debe considerarse a DIGITAL MEDIA PUBLICIDAD Y MARKETING Y DISTRIBUCION, S.L., como prestador de servicios de la sociedad de la información y someterse al régimen sancionador de la LSSI.

III

Por su parte, el artículo 21.2 de la LSSI, señala lo siguiente:

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.” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

En el presente caso se atribuye a DIGITAL MEDIA la comisión de la infracción del art. 21.2 LSSI por no incluir un procedimiento sencillo y gratuito en la comunicación que remitió al denunciante, conducta que encuentra su tipificación como infracción leve, en el art. 38.4 de la misma norma.

IV

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.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en el 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 la entidad (i) ha solucionado el error incluyendo la leyenda relativa al procedimiento de oposición frente a la entidad, (b) *Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente*), y (ii) reconoció inmediatamente su responsabilidad en los hechos (d) *Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*), por todo ello, nada obsta a la aplicación al presente caso del procedimiento de apercibimiento previsto en el artículo transcrito.

V

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante comunicaciones comerciales sin ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, lo que significaría la concurrencia de 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 habilitar un medio de oposición frente a quien verdaderamente realiza el envío y subsanar el error cometido, en definitiva ha implementado procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios puedan solicitar el cese en el envío de comunicaciones comerciales.

Pues bien, en atención a las citadas circunstancias se considera necesario subrayar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de noviembre de 2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, a propósito de la naturaleza jurídica de esta figura, que pese a referirse al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD tiene plena aplicación al apercibimiento regulado por la LSSI, 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 (estas consideraciones deben entenderse hechas, 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 una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella- 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 29/11/2013 (Rec. 455/2011) debe acordarse el **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 a **DIGITAL MEDIA PUBLICIDAD, MARKETING Y DISTRIBUCIÓN, S.L. y 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 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