

Expediente Nº: E/01416/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **CONSULTORIA CERTIA S.L.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 27 de diciembre de 2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) **CONSULTORIA CERTIA S.L.**, relativo a la recepción de comunicaciones comerciales en su dirección de correo electrónico [...@....](#) remitidas desde la dirección [.....@certia.net](#), que se remiten después de haber solicitado el cese en el envío de tales comunicaciones, los días 6 de julio y 12 de septiembre. El denunciante indica que tras haber solicitado la baja el día 12 de septiembre ha recibido un mensaje del servidor informando que el correo no ha podido ser entregado.

El denunciante aporta la siguiente documentación

- a) Solicitudes de baja remitidas por correo electrónico desde la dirección [...@....](#) a la dirección [.....@certia.net](#), con el asunto BAJA, los días 6 de julio y 12 de septiembre, respondiendo a los correos comerciales remitidos desde la citada dirección.
- b) Solicitud de baja remitida por correo electrónico desde la dirección [...@....](#) a la dirección [.....@certia.net](#), con el asunto BAJA, el día 27 de diciembre de 2016.

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 [...@....](#) correos electrónicos los días 6 de julio y 12 de septiembre de 2016.
2. En los citados correos electrónicos se indica que *“si no se desea recibir e-mails informativos de nuestro departamento, por favor responda este e-mail cambiando el subject (asunto) por BAJA”*.
3. El dominio certia.net se encuentra registrado a nombre de **B.B.B.**, Consejero y Secretario de la entidad Consultoría Certia SL.
4. En respuesta a la solicitud de información realizada por la inspectora actuante, se recibe correo electrónico de Consultoría Certia SL. en el que el representante de la entidad manifiesta, en relación con los hechos denunciados, lo siguiente:

<<Poseemos dicha cuenta porque hace cierto tiempo se nos solicitó información sobre uno de nuestros productos desde esa cuenta, así que la añadimos a nuestra base de datos de envíos de publicidad. Al cabo de cierto tiempo el usuario de la cuenta nos solicitó la baja a través de un mensaje a nuestra cuenta@certia.net. pero dicha cuenta estuvo bloqueada durante un tiempo y desafortunadamente no recibimos dicho mensaje, así que nuestro sistema siguió enviándole mensajes.

Un segundo error a añadir al primero fue que nuestro sistema de envío no tenía activado el filtro que descartaba a los usuarios que habían solicitado la baja. Ese problema también fue solucionado.

El usuario contactó con nosotros por otra vía más tarde y entonces nos dimos cuenta del error y le dimos inmediatamente de baja de nuestra base de datos. También solucionamos el problema con nuestra cuenta de recepción de@certia.net y con nuestro sistema de envíos automáticos de manera que no vuelva a suceder dicho error.>>.

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

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.”

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 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 ha quedado acreditado que la remisión del correo electrónico de fecha 12 de septiembre de 2016 a la cuenta titularidad del denunciante, sin contar con su consentimiento previo y expreso para ello, toda vez que su remisión se produjo con posterioridad a que el denunciante hubiera solicitado la baja en el envío de comunicaciones comerciales, circunstancia, por otra parte, reconocida por la empresa al indicar que el envío se debió a un error.

Consecuentemente, a la luz de los elementos fácticos obrantes en el expediente, cabe concluir que los hechos analizados suponen la vulneración por parte de Consultoría Certia, S.L. de la prohibición recogida en el artículo 21 de la LSSI, conducta tipificada como infracción leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI que considera 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.

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 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."

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 solo se remitió un correo comercial tras la solicitud de baja del denunciante y la falta de constancia de perjuicios ocasionados.

V

Ahora bien, debe señalarse que la entidad denunciada al tener noticia de los hechos aquí expuestos, ha comunicado a esta Agencia que dieron de baja al denunciante de su base de datos, solucionaron el problema con su cuenta@certia.net y con su sistema de envíos automáticos para que no vuelva a suceder dicho error.

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 artículo 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 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 consideración a lo expuesto, habida cuenta de que la entidad denunciada ha manifestado haber adoptado medidas con objeto de evitar incidencias similares en un futuro.

Este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir a la misma 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 **CONSULTORIA CERTIA S.L.** y a **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