

Expediente N°: E/01433/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 14 de diciembre de 2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) relativo a la recepción de comunicaciones comerciales en la dirección de correo electrónico **B.B.B.**, remitidas desde la dirección **....@cambiamostuvida.master.es**, sin que estas hayan sido previamente solicitadas o expresamente autorizadas.

El denunciante aporta copia del correo electrónico recibido, el día 14 de diciembre de 2016, junto con sus cabeceras completas. Las cabeceras completas son necesarias porque incluyen la 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 **B.B.B.** un correo electrónico, el día 14 de diciembre de 2016, remitido desde la dirección **....@cambiamostuvida.master.es**

2. El correo contiene la siguiente información acerca de cómo solicitar la baja en el envío de comunicaciones comerciales: *"si no quieres seguir recibiendo este email puedes darte de baja aquí"*.

3. El dominio "master.es" está registrado a nombre de la entidad Master Distancia SL.

4. En respuesta a la solicitud de información realizada por la inspectora actuante, se recibe escrito de Master Distancia SL, en el que el representante de la entidad manifiesta lo siguiente:

"PRIMERO: Con fecha 29/05/2009 D. A.A.A. solicitó información sobre el curso "....." que ofrece MASTER-D facilitando sus datos personales a través del formulario web sito en www.masterd.es y aceptando mediante checkbox la correspondiente casilla de "he leído y afirmo la información legal de masterd.es", ya que no se puede remitir información a master-d a través de sus formularios web's sin antes haber aceptado las condiciones legales."

La entidad aporta un modelo de formulario de registro de datos personales que contiene el siguiente texto *"He leído y afirmo la información legal de masterd.es"* precedida de una casilla que ha de ser marcada para aceptar.

“SEGUNDO: En el aviso legal se informa que la finalidad de la recogida de los datos es la puramente comercial. Es obvio que es de interés por parte de MASTER-D conseguir el mayor número de contactos comerciales posibles para poder seguir ofertando sus cursos, por lo que, tras la primera solicitud de información por parte del interesado, la empresa pueda seguir promocionando sus productos”

La entidad aporta copia de la cláusula informativa, que contiene el siguiente tenor literal: *“Estos ficheros tienen la finalidad de gestionar, administrar y prestarle los servicios o facilitarle los contenidos que solicite a MASTER DISTANCIA, conocer mejor sus gustos y adecuar los servicios a sus preferencias, así como poder ofrecerle nuevos servicios y contenidos y enviarle información comercial relacionada con las novedades y promociones de MASTER DISTANCIA en el ámbito de los servicios y contenidos que ofrece a través del Portal.”*

“TERCERO: una vez recibidos los datos a través del formulario de solicitud de información de la Web, se genera de manera automática un “Cupón” con los siguientes datos personales: Nombre y Apellidos; móvil; correo electrónico y nacionalidad. En el preste caso se generó el cupón número

El cupón sirve para que los asesores de MASTER-D puedan hacer un seguimiento comercial de la solicitud de información cursada, ofreciendo todas las alternativas y otros productos similares, con el objetivo de conseguir que dicho interesado acabe formalizando la contratación de un curso u otro en MASTER-D.”

La entidad aporta el registro del citado “cupón” que contiene el nombre y primer apellido del denunciante, su dirección de correo y el curso “.....”.

*“CUARTO: MASTER D informa en su política de privacidad del procedimiento para atender los derechos de los interesados que puede llevarse a cabo a través de la cuenta de correo electrónico ...@master.es o del teléfono gratuito 900*****.*

Asimismo en todos y cada uno de los envíos comerciales por medios electrónicos que lleva a cabo la empresa se facilita la posibilidad de darse de baja de los mismos”

La entidad aporta copia de la campaña realizada al denunciante el 14 de diciembre de 2016

“QUINTO: D. A.A.A. no ha solicitado nunca la baja de sus datos personales, ni la baja a seguir recibiendo comunicados comerciales por medios electrónicos. MASTER-D es consciente de cuáles son los requisitos legales a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo los envíos comerciales, ya que se llevan a cabo numerosas campañas y acciones promocionales. Por ello la empresa tiene habilitados sistemas que permiten hacer los envíos masivos ocultando la lista de los destinatarios e incluyendo siempre la opción para poder darse de baja en cualquier momento. Asimismo, si alguien solicita su baja, automáticamente el sistema elimina su contacto. El delegado de protección de datos de la organización lleva un registro de todas las solicitudes recibidas de los afectados”

Finalmente la entidad señala, en cuanto a la cancelación de la dirección del denunciante, que ha procedido a dar de baja la cuenta B.B.B. para que no vuelva a recibir comunicados comerciales.

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).

El artículo 126.1, apartado segundo, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal establece:

Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.

II

El artículo 37 de la LSSI, bajo el epígrafe “Responsables”, determinada que “los prestadores de servicios de la sociedad de la información” están sujetos a su régimen sancionador.

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”: 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 un correo electrónico promocionando sus productos y servicios al denunciante.

El denunciado a fin de acreditar el consentimiento del denunciante para la recepción de comunicaciones comerciales, ha aportado captura de pantalla del registro del denunciante que obra en sus ficheros conteniendo el nombre y primer apellido del denunciante, su dirección de correo y la referencia al curso “.....”. No obstante, esta Agencia considera que dicho documento no acredita, en forma fehaciente, que dicha información proceda de la página web de la entidad y que haya sido facilitada por el denunciante. Téngase en cuenta que la entidad no ha aportado el dato de la IP de origen del registro y que el denunciante ha manifestado que la comunicación comercial no fue solicitada.

Todo lo cual, lleva a considerar que la captura de pantalla aportada no constituye prueba acreditativa suficiente de tal registro, de tal modo que, en este supuesto, no concurren las circunstancias necesarias para entender acreditado el consentimiento expreso del denunciante a la recepción de comunicaciones comerciales por vía electrónica en la forma reseñada por la denunciada.

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 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 examinada constituiría una infracción de carácter “leve”. Además el denunciado no ha sido sancionado o apercibido por la AEPD en ninguna ocasión anterior y concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 39 bis.1 de la LSSI, teniendo en cuenta que sólo se remitió 1 correo y que no constan perjuicios ocasionados al denunciado.

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 la dirección de correo del denunciante.

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 a **MASTER DISTANCIA, S.A. 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