

Expediente Nº: E/01462/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE MEDIACIÓN (ASEMED) en virtud de denuncia presentada por Dña. **A.A.A.**, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 9 de enero de 2017, tuvo entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia presentada por Dña. **A.A.A.**, en adelante la denunciante, relativa a la recepción de comunicaciones comerciales remitidas por la entidad ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE MEDIACIÓN (ASEMED), sin que éstas hayan sido solicitadas o expresamente autorizadas y que se remiten después de haber solicitado el cese del envío de tales comunicaciones electrónicas. Señala la denunciante que tras recibir dos correos comerciales no deseados solicitó la baja en el envío de tales comunicaciones, petición que fue contestada por la denunciada, y que con posteridad recibió dos nuevos correos comerciales. Añade que su dirección de correo se encuentra registrada en la Lista Robinson.

La denunciante aporta la siguiente documentación:

a) Solicitud de baja remitida por correo electrónico desde la dirección **B.B.B.** a la dirección@asemed.org, solicitando la baja del *email*, el día 10 de diciembre de 2016, y respuesta de la Asociación confirmando la baja solicitada.

b) Correos electrónicos recibidos los días 7 y 9 de diciembre de 2016 y 2 y 7 de enero de 2017 en la dirección **B.B.B.**, remitidos por la ASEMED 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. La denunciante recibe en su cuenta de correo **B.B.B.** correos electrónicos de ASEMED los días 7 y 9 de diciembre de 2016 y 2 y 7 de enero de 2017. Los citados correos electrónicos contienen información sobre formación continua de la Asociación y sobre los cursos de mediación de la Asociación.

2. En los citados correos electrónicos se indica que *“Si quisiera dejar de recibir este Newsletter puede darse de baja aquí”*.

3. En respuesta a la solicitud de información realizada por la inspectora actuante, se recibe

escrito de la ASEMED en el que el representante de dicha entidad manifiesta, en relación con los hechos denunciados, lo siguiente.

-Para recibir la información sobre formación continua es necesario que el interesado o la persona interesada en la mediación se dé de alta en los registros de ASEMED a través de los enlaces de su página web (www.asedmed.org). Aporta impresión de pantalla de los formularios de recogida de datos, alojados en la referida web, entre otros del formulario para la recepción de la formación continua, informaciones, campañas, etc. y de los formularios denominados "Solicitud de inclusión en el Registro de mediadores voluntarios de la Asociación Española de Mediación", "Apoyo a la creación del Colegio Oficial de Mediadores Profesionales de España" e "Información de cursos. Solicitud".

-Los correos que envía la Asociación contienen un mecanismo de baja automática, por lo que una persona puede darse de alta y baja cuantas veces quiera, sin intervención de ASEMED.

Si una persona quiere darse de baja en la recepción de la información solamente debe acceder al enlace y pinchar en la palabra aquí.

-La entidad indica que tras la inscripción, los afectados reciben información de ASEMED, pero no publicidad, sino información acerca de actividades de la Institución: formación continua, información y noticias de actualidad sobre mediación, etc.

-Señala que consultados sus archivos la titular del *email* se incluyó en la red LinkedIn de la Asociación, incluyendo sus datos y la solicitud de que se la incluyera en la información de las actividades de la Asociación en redes sociales. Aportan impresión de pantalla de los datos de la denunciante que figuran en el listado de contactos de LinkedIn, en el que consta el nombre y primer apellido de la denunciante y su dirección de correo electrónico.

La denunciante se ha dado de alta y baja en repetidas ocasiones a través de los distintos enlaces, por lo que a pesar de su solicitud de baja cuando volvía a darse de alta volvía a recibir un correo con información sobre formación continua.

-Se han revisado los ficheros para que no aparezca el correo de la denunciante y no reciba información de las actividades de la Asociación. Se ha comprobado que en este momento no existe el correo en las bases de datos de la Asociación

4. Los Servicios de Inspección señalan que ASEMED no ha sido sancionada ni apercibida por la Agencia Española de Protección de Datos.

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 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 la denunciado de correos electrónicos promocionando sus productos y servicios, después de que la denunciante hubiera solicitado la baja.

Para la remisión de correos electrónicos el denunciado tendrá en cuenta que la LSSI establece: *“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.”*

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 de la denunciada constituiría una infracción *“leve”*; que esa

entidad no han 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 remitieron cuatro 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, ya que se remitieron después de la solicitud de baja cursada por la denunciante, 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 dar de baja a la 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 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 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 la entidad ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE

MEDIACIÓN (ASEMED) y a DÑA. **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