

Expediente Nº: E/01465/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 27 de febrero de 2018 tiene entrada en esta Agencia escrito de Don **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) exponiendo que con posterioridad a haberse inscrito mediante email remitido, con fecha 1 de octubre de 2014, a *****EMAIL.1** en una actividad del Centro Andaluz de Arte Contemporáneo de la Junta de Andalucía (en lo sucesivo, CAAC) recibió, con fecha 10 de diciembre de 2015, un correo electrónico comercial no deseado en su dirección *****EMAIL.2** remitido desde la cuenta *****EMAIL.3** con publicidad de la entidad ENCARTE PRODUCCIONES, S.L., (en adelante la denunciada o ENCARTE), empresa que tiene acceso a las bases de datos del CAAC al realizar actividades culturales para el CAAC.

Añade el denunciante que ante el uso por parte de ENCARTE de los datos por él proporcionados al CAAC para enviarle una comunicación comercial no autorizada, que a su vez, podía constituir una comunicación de datos personales sin su consentimiento por parte del CAAC, con fecha 11 de diciembre de 2015 solicitó, vía correo electrónico, a ENCARTE la eliminación de sus datos de su registro y el cese de los envíos comerciales, recibiendo con esa misma fecha y mismo medio contestación de ENCARTE en la que le indicaban que procedían a dar de baja sus datos para que no volviera a recibir otra comunicación. Asimismo, con fecha 17 de diciembre de 2015, el CAAC le indicó que habían adoptado medidas para evitar que volvieran a ocurrir los hechos que había conocido a través de su email (en la denuncia consta que el CAAC recibió copia de uno de los envíos cruzados el día 11 de diciembre de 2015 por el denunciante con ENCARTE, en el que el denunciante manifestaba que se inscribió en la visita guiada de la Noche en Blanco enviando un correo electrónico a una cuenta corporativa del CAAC de la Junta de Andalucía, no habiendo mantenido ningún contacto con ENCARTE).

Sin embargo, a pesar de la queja anterior y de las supuestas medidas tomadas, el denunciante indica que con fecha 27 de febrero de 2018 ha vuelto a recibir en su cuenta de correo electrónico *****EMAIL.2** una nueva comunicación publicitaria no consentida remitida por ENCARTE desde la dirección de correo electrónico **reservas@encarteproducciones.com**. Se observa que dicho envío incluye al pie del mismo un enlace de baja.

El denunciante adjuntaba copia de los reseñados correos electrónicos, que completó, a requerimiento de esta Agencia, aportando las cabeceras de Internet de los mismos mediante escrito registrado con fecha 4 de abril de 2018.

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:

En contestación al requerimiento de información efectuado por esta Agencia, con fecha 28 de junio de 2015, se registra de entrada escrito de ENCARTE PRODUCCIONES, S.L. en el que señala lo siguiente:

- Que con fecha 11 de diciembre de 2015 dieron de baja de sus listas de distribución el correo electrónico del denunciante, único dato que disponían del mismo. Asumieron su error y pidieron disculpas al denunciante.
- Que desde entonces no se le volvió a enviar ninguna otra comunicación comercial, hasta que más de dos años después, y a través del denunciante, conocen que han vuelto a enviar un correo informando sobre una de sus actividades.
- Que no tienen una explicación que justifique cómo la dirección de correo electrónico del denunciante, eliminada de todos sus ficheros en diciembre de 2015, reapareció más de dos años después en su lista de distribución. Sospechan que puede tener que ver con el cambio en el programa de gestión de envíos, y que por un error humano o informático se haya tomado su dirección de correo electrónico del único lugar donde se ha constatado aún figura: en los correos electrónicos cruzados en diciembre de 2015 que aún estaban en su bandeja de entrada, y donde esa dirección de correo electrónico aparece como remitente.
- A partir de esta experiencia contratan los servicios externos de consultoría y gestión en materia de protección de datos en su firme objetivo de cumplir con la normativa aplicable y respetar el nuevo Reglamento europeo.

TERCERO: Consultada la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, a la entidad denunciada no le constan registros previos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en lo sucesivo, LOPD). LOPD y 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

En primer lugar, la posible cesión de datos por parte del Centro Andaluz de Arte Contemporáneo (CAAA) a la entidad ENCARTE constituiría una infracción del artículo 11 de la LOPD, precepto que dispone:

“1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados

con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

- a) Cuando la cesión está autorizada en una ley.*
- b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.*
- c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros.*

En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.

d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.

3. Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar.

4. El consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal tiene también un carácter de revocable.

5. Aquel a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley.

6. Si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores”.

La vulneración de lo previsto en dicho precepto está tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.k) de la LOPD, que considera como tal: “La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy grave.”

En el presente caso, la supuesta comunicación por parte de CAAA de la dirección de correo electrónico del denunciante a ENCARTE con fines publicitarios se habría producido con anterioridad al envío de la comunicación electrónica de 10 de diciembre de 2015 citada por el denunciante, motivo por el cual la mencionada infracción estaría prescrita de conformidad con el artículo 47.1 y 2 de la LOPD que dispone lo siguiente:

“47. Prescripción.

- 1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.*
- 2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.”*

III

En segundo lugar, la remisión de una comunicación electrónica comercial no autorizada por parte de ENCARTE al denunciante constituye infracción del artículo 21.1 de la LSSI.

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.”

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.”*

En el presente caso, a través de la valoración conjunta de la documentación aportada por el denunciante y el reconocimiento de la realización del envío en cuestión efectuada por parte de ENCARTE, ha quedado acreditado que esa entidad remitió, con fecha 27 de febrero de 2018, a la cuenta de correo electrónico del denunciante una comunicación comercial promocionando uno de sus servicios con posterioridad a que, con fecha 11 de diciembre de 2015, le hubiera confirmado que se procedía a dar de baja sus datos para evitar que volviera a recibir nuevas comunicaciones comerciales.

Por lo tanto, la mencionada comunicación comercial fue remitida por ENCARTE sin mediar autorización expresa del denunciante para ello. Dicha conducta vulnera lo previsto en el artículo 21.1 de la LSSI, estando tipificada como infracción leve en el artículo 38.4.d) de la citada norma, 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*”, pudiendo ser sancionada con multa de hasta 30.000 euros, de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la LSSI.

IV

Por su parte, 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 el número de correos electrónicos con posterioridad a la confirmación de la oposición se limita a un único envío y la falta de constancia de perjuicios ocasionados.

V

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante la remisión por parte de ENCARTÉ de una comunicación comercial no solicitada ni expresamente autorizada por el 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 contratar los servicios externos de consultoría y gestión para cumplir correctamente con la normativa aplicable y adecuar su actuación al nuevo Reglamento Europeo.

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, que pese a referirse al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD tiene plena aplicación al apercibimiento regulado por la LSSI, a propósito de la naturaleza jurídica de la figura del apercibimiento 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 **ENCARTE PRODUCCIONES S.L.** y a Don **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