

Expediente Nº: E/02533/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **PULSERAS EXPRESS S.L. - PULSERASEXPRESS.ES** en virtud de denuncia presentada por D. **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 15 de marzo de 2017 tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciante) contra la entidad PULSERAS EXPRESS S.L. - PULSERASEXPRESS.ES (en lo sucesivo la denunciada) en el que denuncia que con fecha de 15 de marzo de 2017 recibe correo electrónicos de la empresa Pulseras Express, remitidos desde la dirección comercial@pulserasexpress.es, sin que estos hayan sido autorizados. Manifiesta que fue cliente de una empresa de pulseras a la que una antigua empleada robó la base de datos, que ha solicitado el acceso a Pulseras Express sin que éste haya sido atendido y que continúa recibiendo correos de la citada entidad a pesar de su solicitud de baja.

El denunciante aporta, entre otra documentación, copia de los correos electrónicos recibidos en su dirección de correo **A.A.A.** desde el dominio pulserasexpress.es, los días 28 de diciembre de 2016, 29 de enero y 10 de marzo de 2017 junto con sus cabeceras. Asimismo aporta correo de 20 de enero de 2017 remitido desde la dirección comercial@pulserasexpress.es confirmando al denunciante la baja de la *newsletter*.

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 dirección de correo **A.A.A.** comunicaciones comerciales procedentes del dominio pulserasexpress.es, los días 28 de diciembre de 2016, 29 de enero y 10 de marzo de 2017.

2. Los correos de fechas 29 de enero y 10 de marzo de 2017 contienen el siguiente literal: *"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, la entidad Pulseras Express SI remite escrito en el que manifiesta lo siguiente:

"Los datos de contacto del destinatario / denunciante se obtuvieron de forma lícita por parte de la empresa PULSERAS ID, S.L., con la que mantuvo relaciones comerciales el denunciante. Como quiera que algunos socios de aquella también lo eran (en la fecha de los hechos) de Pulseras Express, S.L. y tratándose de productos muy similares a los que inicialmente tenía interés comercial el denunciante, se pensó que

comercialmente le podía interesar.

Posteriormente, al tener constancia de que al denunciante no le interesaban nuestros productos, se le dio de baja en nuestra base de datos, si bien, la inexperiencia de una trabajadora, de reciente incorporación, hizo que por error se le volviera a enviar publicidad de nuestros productos.

En la actualidad y para evitar futuros errores como el ocurrido, se han contratado los servicios de la empresa CONVERSIA HFL GROUP, especializada en Protección de Datos.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento 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, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD); y de acuerdo también con lo establecido en el artículo 43 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.”

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

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.

V

En efecto, en el presente caso concreto el denunciante recibe en su dirección de correo A.A.A. comunicaciones comerciales procedentes del dominio pulserasexpress.es, los días 28 de diciembre de 2016, 29 de enero y 10 de marzo de 2017, en concreto, los de fechas 29 de enero y 10 de marzo de 2017 contienen el siguiente literal: “*Si quisiera dejar de recibir este newsletter puede darse de baja aquí*”.

PULSERAS EXPRESS, S.L. ha confirmado a esta Agencia que los datos de contacto del denunciante se obtuvieron de forma lícita por parte de la empresa PULSERAS ID, S.L., con la que mantuvo relaciones comerciales el denunciante. Como quiera que algunos socios de aquella también lo eran (en la fecha de los hechos) de PULSERAS EXPRESS, S.L. y tratándose de productos muy similares a los que inicialmente tenía interés comercial el denunciante, se pensó que comercialmente le podía interesar.

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante comunicaciones comerciales no solicitadas, ya que se remitieron (sin autorización expresa del destinatario) 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 al denunciante no le interesaba los productos en cuestión y por ello se le dio de baja en la base de datos, si bien, la inexperiencia de una trabajadora, de reciente incorporación, hizo que por error se le volviera a enviar publicidad de dichos productos.

En la actualidad y para evitar futuros errores como el ocurrido, se habían contratado los servicios de la empresa CONVERSIA HFL GROUP, especializada en Protección de Datos.

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 **PULSERAS EXPRESS S.L. - PULSERASEXPRESS.ES** y D. **B.B.B..**

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