



Expediente N°: E/04056/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 14 de mayo de 2013, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) en la que se acordaba el archivo de la denuncia nº E/*****/2012 presentada, con fecha 30 de noviembre de 2012, por Dña. **A.A.A.**, (en adelante la denunciante), al no haber quedado acreditado mediante ningún medio de prueba que los correos comerciales denunciados hubieran sido remitidos por JARDILAND ESPAÑA, S.A, (en adelante JARDILAND) con posterioridad a la revocación del consentimiento a la recepción de publicidad adjudica por la denunciante.

Dicha resolución, fue notificada a la recurrente en fecha 21 de mayo de 2013, según aviso de recibo que figura en el expediente.

SEGUNDO: Con fecha 30 de mayo de 2013 la denunciante presentó en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición nº RR/00***/2013 contra la citada resolución de archivo, fundamentándolo, básicamente, en la reiteración de los argumentos expuestos en su escrito de denuncia de 30 de noviembre de 2012, si bien adjuntaba al mismo nueva documentación acreditativa del envío por su parte de varios correos electrónicos a la dirección habilitada para ello por la entidad denunciada en los que revocaba, con fecha anterior a la recepción de los mensajes comerciales objeto de denuncia, el consentimiento prestado para el envío de comunicaciones comerciales.

A través de dicha documentación se desprendía que mientras tales solicitudes de revocación eran de fechas 20 de septiembre, 30 de octubre y 10 de noviembre de 2012, los correos comerciales de fechas 23 y 29 de noviembre de 2012 y de 18 y 21 de enero de 2013 se enviaron por JARDILAND con posterioridad al día 12 de noviembre de 2012, fecha figuraba como leída por la entidad denunciante la solicitud de revocación de fecha 10/11/2012.

TERCERO: A la vista de la existencia de indicios que podrían demostrar la vulneración por parte de la entidad denunciada de la prohibición de enviar comunicaciones comerciales por medios electrónicos sin consentimiento previo y expreso de su destinatario, con fecha 23 de julio de 2013 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) acordó estimar el recurso de reposición interpuesto por la denunciante contra la resolución dictada con fecha 14 de mayo de 2013 y ordenar a la Subdirección General de Inspección de Datos de esta Agencia la apertura del expediente de actuaciones previas de investigación E/O****/2013 con el

objeto de determinar la presunta vulneración de la LSSI por parte de JARDILAND.

Dicha resolución consta como notificada a la denunciante 29 de julio de 2013.

CUARTO: Con motivo de las actuaciones previas de investigación practicadas en el expediente E/0****/2013 en relación con la denuncia efectuada contra JARDILAND por la denunciante por la remisión de sendas comunicaciones comerciales a sus señas electrónicas después de haber ejercido su derecho de revocación de consentimiento para ello, se ha tenido conocimiento de los siguientes extremos:

- Consta que la denunciante remitió un correo electrónico el día 10/11/2012 a la dirección **info@.....** revocando su consentimiento para recibir nuevos mensajes publicitarios. También se ha acreditado que la denunciante efectuó la misma petición con fechas 20/09/2012 y 30/10/2012 a través de la citada cuenta de correo, la cual ha sido habilitada por JARDILAND para que los destinatarios de los mensajes puedan revocar su consentimiento a la recepción de este tipo de envíos comerciales por medios electrónicos.
- Consta acuse de lectura el día 12/11/2012 en el correo **info@.....** de la solicitud de revocación enviada a dicha cuenta por la denunciante con fecha 10/11/2012.
- Con posterioridad al día 12/11/2012 la denunciante recibió en su cuenta de correo electrónico **....@.....** los mensajes comerciales procedentes de la dirección de correo electrónico "JARDILAND" (**.....@jardiland.es**) que a continuación se citan:
 - a. Envío de fecha 23 de noviembre de 2012 (18:57) con el asunto "Este año, el abeto de Navidad GRATIS en Jardiland"
 - b. Envío de fecha 29 de noviembre de 2012 (19:03) con el asunto "Ofertas exclusivas Jardiland".
 - c. Envío de fecha 18 de enero de 2013 (19:35) con el asunto "Ofertas exclusivas para clientes con Tarjeta".
 - d. Envío de fecha 21 de enero de 2013 (12:41) con el asunto "Jardiland_Mesa cultivo_Fe de errata".

Al pie de los mencionados mensajes aparecía la siguiente indicación: <<En cumplimiento de la Ley 34/2002 del 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, le informamos que puede revocar en cualquier momento, de forma sencilla y gratuita, el consentimiento para la recepción de correo electrónico enviando un e-mail con su solicitud a: **info@.....**>>

- Con fecha 20 de septiembre de 2013 JARDILAND contestó al requerimiento de información que le fue efectuado por esta AEPD en relación con los hechos denunciados indicando lo siguiente:
 - a. Que la denunciante es cliente de la entidad y que ella misma facilitó su dirección de correo electrónico para la recepción de información comercial.
 - b. Justifica el envío de comunicaciones comerciales con posterioridad a la recepción de la solicitud de baja de la denunciante señalando que, si bien se procedió a gestionar la misma, la afectada continuó recibiendo correos comerciales debido a un error producido en el proceso de actualización de las bases de datos, el cual fue subsanado en cuanto se tuvo conocimiento de ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 43.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (en lo sucesivo LSSI).

II

La Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, en su artículo 2.h), define el correo electrónico en los siguientes términos: *“Todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo”*.

Por su parte, la LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo como: *“f) Comunicación comercial»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional*.

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”.

La LSSI dedica su Título III a la regulación de las citadas “Comunicaciones comerciales por vía electrónica”, disponiéndose en el artículo 21 de la citada norma, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, 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 electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

A su vez, el artículo 22.1 de la LSSI establece como “Derechos de los destinatarios de servicios” lo siguiente:

“1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.”

Por tanto, el envío de mensajes publicitarios o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica, incluido el envío de mensajes SMS a terminales de telefonía móvil, debe haberse solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios de los mismos, salvo que exista una relación contractual previa en los términos recogidos en dicho precepto.

III

De conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la LSSI, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:

“3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”.

“4. Son infracciones leves:

d) 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”.



En consecuencia, la infracción del artículo 21.1 de la LSSI, en los términos indicados por el citado artículo 38.4.d), se califica en términos generales como infracción leve, aunque si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o más de tres a un mismo destinatario en el plazo de un año, en los términos que se indican en el citado artículo 38.3.b), se producirá una infracción tipificable como grave a los efectos de la LSSI.

IV

En el presente caso la cuestión a dilucidar es si las comunicaciones comerciales que fueron remitidas por JARDILAND a la dirección de correo de la denunciante vulneraban la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI.

De la documentación obrante en el expediente se observa que la denunciante revocó su consentimiento para la recepción de mensajes comerciales por medios de comunicación electrónica mediante el envío de tres correos electrónicos, con fechas 20 de septiembre, 30 de octubre y 10 de noviembre de 2012, a la dirección habilitada por JARDILAND para ello. Igualmente, se aprecia que dicha entidad, a pesar de que tuvo conocimiento con fecha 12/11/2012 de la voluntad de la denunciante de no recibir más mensajes comerciales, continuó remitiéndole hasta un total de cuatro mensajes publicitarios entre el 23 de noviembre de 2012 y el 21 de enero de 2013.

A los efectos de la correcta tipificación de la infracción que pudiera resultar de los hechos analizados, resulta esencial destacar que el primero de los mensajes objeto de análisis recibidos por la denunciante con posterioridad al día 12/11/2012, fecha en que JARDILAND conoció la petición de baja, se envió por la entidad denunciada con fecha 23/11/2012. Hay que tener en cuenta que la LSSI no fija de forma expresa ningún plazo para hacer efectivas las solicitudes de oposición y/o revocación de envíos comerciales, no obstante lo cual esta Agencia viene considerando como un plazo prudencial, y no excesivo, para dar cumplimiento a dichos derechos el término de diez días hábiles a contar desde el momento en que el proveedor de servicios recibe las peticiones de baja de los destinatarios de los envíos. En relación con este particular no hay que olvidar que muchos de los mensajes objeto de denuncia se enmarcan en campañas publicitarias cuyo lanzamiento ya ha sido activado por el proveedor de servicios en el momento de conocer las peticiones de baja ni, tampoco, hay que obviar que la gestión de las bajas requiere un tiempo mínimo para su tramitación en las correspondientes sistemas de información del remitente.

Respecto de esta cuestión la Sentencia de 23 de mayo de 2007, de la Audiencia Nacional señala que *“constituye un hecho notorio la extraordinaria celeridad que caracteriza a las comunicaciones mediante correo electrónico”* y añade que *“ante la ausencia de un plazo específico o concreto para la revocación de dicho consentimiento en estos casos, en cualquier caso, habrá de tratarse de un plazo razonable, y no excesivo, y que además resulte adecuado a la ya mencionada rapidez de las comunicaciones por e-mail”*.

Al hilo de lo anterior, en este supuesto, entre el día 12/11/2012, fecha en que JARDILAND acusó recibo de la solicitud de revocación del consentimiento, y el día 23/11/2012, fecha en que se remitió el primero de los mensajes denunciados, no se habían superado los diez días hábiles antes citados.

Por lo tanto, únicamente las comunicaciones recibidas por la denunciante con fechas 29 de noviembre de 2012 y de 18 y 21 de enero de 2013 vulnerarían la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI, toda vez que la entidad remitente de los mismos no contaba en esas fechas con la cobertura del consentimiento expreso y previo de la destinataria de los mensajes para utilizar sus señas electrónicas con fines publicitarios.

De este modo, tal conducta se ajusta al tipo de infracción establecido en el artículo 38.4 d) de la LSSI, calificado como infracción leve, al tratarse del envío de tres correos electrónicos comerciales a un mismo destinatario en el plazo de un año incumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 21.1 de dicha norma.

V

No obstante haber quedado acreditada la comisión de la citada infracción leve por parte de la entidad denunciada, a la vista de las fechas en que se enviaron por la entidad denunciada los citados mensajes publicitarios resulta de aplicación lo establecido en el artículo 45 de la LSSI respecto de la prescripción de las infracciones recogidas en dicha norma. Dicho precepto establece que : *“Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.*

A su vez, la Ley 30/1992, de 26/11, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC) establece en su artículo 132.2 que: *“2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.”,*

El artículo 42 de la citada Ley 30/1992, de 26/11, añade que:

“1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Por su parte, el Real Decreto 1398/1993, de 4/8, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora establece en su artículo 6.1 lo siguiente: *“1. Cuando de las actuaciones previas se concluya que ha prescrito la infracción, el órgano competente acordará la no procedencia de iniciar el procedimiento sancionador. Igualmente, si iniciado el procedimiento se concluyera, en cualquier momento, que hubiera prescrito la infracción, el órgano competente resolverá la conclusión del procedimiento, con archivo de las actuaciones. En ambos casos, se notificará a los interesados el acuerdo o la resolución adoptados.”*

En consecuencia, partiendo de que los correos electrónicos comerciales se remitieron a una cuenta titularidad de la denunciante con fechas 29 de noviembre de 2012 y de 18 y 21 de enero de 2013, ha de concluirse que en la actualidad la posible

infracción leve que, en su caso, resultase imputable a la entidad denunciada se encuentra prescrita, ya que a fecha de hoy han transcurrido más de seis meses desde el día en que se remitieron cada una de las tres comunicaciones comerciales electrónicas citadas, motivo por el que de conformidad con la normativa reseñada procede archivar las presentes actuaciones y no acordar el inicio de procedimiento sancionador.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones previas de inspección E/0****/2013.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **JARDILAND ESPAÑA, S.A.** 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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos