



Expediente Nº: E/04444/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **APTITUD MEDICO LABORAL CORDOBA, S.L.P.** y D. **A.A.A.** en virtud de denuncia presentada por D. **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 19 de julio de 2016 tiene entrada en esta Agencia, denuncia interpuesta por D. **B.B.B.** (en adelante el denunciante), cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

- Que ha recibido comunicaciones comerciales por correo electrónico en su cuenta de correo electrónico **C.C.C.**, sin que previamente se hubieran solicitado o expresamente autorizado, y sin existir una relación contractual previa.
- Que se ha requerido a la denunciada que cesara en sus envíos ilícitos sin que haya atendido el requerimiento, ya que se contestó al mismo con más información comercial.
- La denunciada no ofrece en sus comunicaciones la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito.
- Se denuncia a APTITUD MEDICO LABORAL CORDOBA, S.L.P., ya que tanto el remitente (Salud Legal <.....@gmail.com>) como el contenido de la comunicación hacen referencia a la dirección de Internet www....., y en dicho sitio web se indica que el titular de éste es la denunciada. Aporto pantallazo de dicha circunstancia.

La denuncia aporta copia de la siguiente documentación:

- a) Correo electrónico recibido junto con sus cabeceras completas.
- b) Solicitud de cese del envío de correos publicitarios.
- c) Respuesta recibida a dicha solicitud.

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 fecha 24/05/2016 un correo electrónico en su cuenta de correo **C.C.C.** desde la cuenta@gmail.com.

En el correo electrónicos D. **A.A.A.** ofrece sus servicios profesionales.

2. El correo electrónico no informa de la forma de ejercer el derecho de oposición al

envío de correos comerciales, si bien dispone de una dirección de correo electrónico a la que se ha dirigido el denunciante y desde la que ha recibido respuesta.

3. Mediante correo electrónico de fecha 24/05/2016 el denunciante solicita al remitente el cese en el envío de comunicaciones comerciales.
4. Mediante correo electrónico de fecha 24/05/2016 el denunciado da contestación al denunciante, pidiendo disculpas por el envío del correo electrónico sin autorización previa, e incluyendo una descripción del trabajo que realiza.
5. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, se recibe un escrito de D. **A.A.A.** en el que manifiestan en referencia a los hechos denunciados que:
 - 5.1. Que la entidad **APTITUD MEDICO LABORAL CORDOBA, S.L.P.** no tiene relación profesional alguna con el denunciante, y que es únicamente es un proyecto de agrupar peritos médicos, cada uno con sus clientes, y sin relación entre ellos. Es por ello que D. **A.A.A.** asume personalmente la responsabilidad del envío de los correos electrónicos al denunciante.
 - 5.2. El origen del dato de la dirección de correo electrónico del denunciante fue la guía de abogados de Sevilla.
 - 5.3. No disponen de acreditación del consentimiento prestado por el denunciante para la remisión de correos comerciales.
 - 5.4. Han recibido correo electrónico del denunciante solicitando la cancelación de sus datos u oponiéndose al envío de comunicaciones comerciales, pero no dispone de base de datos alguna de la que cancelarle y no se le han vuelto a dirigir correos electrónicos. Ha borrado la guía del Colegio de abogados de que disponía.

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 LSII 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, nos dice 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 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 AEPD)

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.

V

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante una comunicación comercial no solicitada, lo que significaría la concurrencia de una actuación infractora por parte de los denunciados, éstos al tener noticia de los hechos aquí expuestos, han comunicado a esta Agencia que ha procedido a la eliminación de la dirección de correo electrónica, sin que conste comunicación comercial posterior a la dirección de correo electrónica del afectado, partir de lo cual, debe tenerse en consideración lo siguiente:

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 consideración a lo expuesto, habida cuenta de que la actuación de los denunciados, podría ser constitutiva de una infracción leve de la LSSI, de que los mismos nunca antes han sido apercibidos o sancionados por la AEPD. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de los denunciados teniendo en cuenta que la infracción se refiere a la remisión de una única comunicación comercial y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción. Este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir a los mismos a fin de que adopten 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 y de forma diligente por los denunciados al suprimir de sus listado la dirección de correo electrónico del denunciante** 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 **APTITUD MEDICO LABORAL CORDOBA, S.L.P.** y a D. **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 el artículo 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