

Expediente N°: E/04694/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 28 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:

1. Recibe el 23 y 27/05/2016 dos correos electrónicos en su cuenta **A.A.A.** con origen en la dirección@euroreformas.es.
2. No ha solicitado o autorizado previamente los envíos.
3. Los correos electrónicos que recibe disponen de una dirección electrónica mediante los que solicitar la baja de la lista de destinatarios.
4. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios y la cancelación de sus datos en fecha 12/2/2016 y 14/05/2016 como respuesta a dos correos previos recibidos, a las direcciones@euroreformas.es y ...1@euroconsumibles.es continúa recibiendo correos electrónicos.
5. El denunciante identifica como responsable de los envíos a **EUROCONSUMIBLES, S.L.** (en lo sucesivo el denunciado) como titular del dominio www.euroreformas.es.

La denuncia aporta copia de la siguiente documentación:

- a) Un correo electrónico recibido, junto con sus cabeceras completas.
- b) Tres solicitudes de baja enviadas junto con sus cabeceras completas, éstas únicamente cuentan con la identificación del servidor de correo desde el que se remite el mensaje por lo que no acreditan su recepción.

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 cuenta de correo **A.A.A.** dos correos electrónicos desde la cuenta origen@euroreformas.es en fechas 23 y 27/05/2016.

Los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios del denunciado.

2. Los correos electrónicos disponen de una dirección electrónica donde al hacer clic puede ejercitarse el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales.
3. Los correos electrónicos disponen de un enlace para solicitar la baja de la lista de destinatarios, el texto que acompaña al enlace redirigen al usuario a una página que pregunta si se quiere cancelar la suscripción desde el email A.A.A. y se ofrece como respuesta un texto con dos opciones Sí/No.
4. El dominio www.euroreformas.es está registrado a nombre del denunciado.
En la página Inicio del sitio web www.euroreformas.es se identifica al denunciado como responsable del mismo.
El sitio web no dispone de una política de privacidad.
5. La dirección IP desde la que se enviaron los correos, es una de las direcciones que el operador MAILJET SAS de Francia utiliza para prestar servicio de acceso a Internet a sus clientes.
6. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, se recibe un escrito de los representantes de **ARSYS INTERNET S.L.** en que manifiestan que:
 - 6.1. La dirección IP desde la que se realizó el envío de 23/5/2016 es *****IP.1**, realizado desde la cuenta de correocom a la cuenta de correo A.A.A., a través de un servicio ajeno a Arsys, donde está alojada la página de la cuenta destino.
7. En respuesta a la solicitud de información realizada por la inspectora actuante, se recibe escrito del denunciado en el que manifiesta en referencia a los hechos denunciados que:
 - 7.1. El origen del dato de la dirección de correo electrónico es a través de nuestra página web, con fecha 12/05/2015, (documento número 1).
 - 7.2. En todas y cada una de las comunicaciones comerciales enviadas se indica en el pie del mismo "Pulse aquí para cancelar la suscripción" (adjuntamos captura del envío publicitario enviado, como documento número 2). Este mecanismo excluye al solicitante de nuestro sistema, de forma automática, al solicitar dicha baja. A nuestro juicio, hemos ofrecido al solicitante la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales en cada una de las comunicaciones comerciales dirigidas.
 - 7.3. Con fecha 21/09/2015 (documento número 3), se recibe un email de A.A.A. en el cual solicitan que le demos de baja de nuestros sistemas, pero reclamando una compensación económica, hecho que fue interpretado por nosotros como un fraude, de forma que hicimos caso omiso a tal requerimiento.
 - 7.4. Según la captura adjunta como documento número 4, ha sido dado de baja de nuestra herramienta con fecha 27/05/2016.

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 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI)

II

El artículo 21 de la LSSI, establece que:

“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”

III

Sentado lo anterior, hay que añadir que el denunciado no ha sido sancionado o apercibido por la AEPD anteriormente y que concurren en el asunto que nos ocupa varias de las circunstancias que se relacionan en el artículo 39 bis, punto 2, de la LSSI (precepto introducido por la reforma operada en la Ley 34/2002 por la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones). El artículo 39 de la citada norma, bajo la rúbrica “Moderación de sanciones” dispone:

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. >> (El subrayado es de la AEPD)

Han quedado acreditadas en el presente caso las siguientes circunstancias dignas de mención. El hecho de que el denunciado una vez que tuvo noticia del requerimiento informativo de la Inspección de Datos, procedió con gran diligencia y por propia iniciativa a gestionar la baja de los datos del denunciante para su tratamiento con fines comerciales, tal y como informó al Inspector actuante el representante de la entidad en el escrito de 26/10/2016. Asimismo, debe destacarse que reconoció en sus declaraciones durante la práctica de actuaciones inspectoras que el denunciante sí había solicitado la baja de sus datos pero que: <<...Con fecha 21/09/2015 (documento número 3), se recibe un email en el cual solicitan que le demos de baja de nuestros sistemas, pero reclamando una compensación económica, hecho que fue interpretado por nosotros como un fraude, de forma que hicimos caso omiso a tal requerimiento.

Según la captura adjunta como DOCUMENTO NÚMERO 4, ha sido dado de baja de nuestra herramienta con fecha 27 de mayo de 2016...>>

En definitiva se cumplen en el presente caso las siguientes circunstancias descritas en la disposición del artículo 39 bis, 1, de la LSSI: El apartado b), “*Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente*”; el apartado d), “*Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad*”. Igualmente se cumple la previsión del apartado a) del artículo 39 bis.1, pues existe una concurrencia significativa de las circunstancias descritas en el artículo 40 de la LSSI que evidencian una disminución cualificada de la culpabilidad de los sujetos responsables derivada de la

inexistencia de intencionalidad (apartado a, del artículo 40 de la LSSI) - como lo demuestra que en las comunicaciones comerciales se incluyera un enlace para pedir la baja en los boletines publicitarios, por lo que únicamente cabría calificar, en su caso, la actuación del denunciado como culposa.

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 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.

Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos sobre los que versa la denuncia, **justificaría en principio que la AEPD, al amparo de la facultad conferida por el artículo 39.bis, 2, de la LSSI optara por apercibir** a las presuntas infractoras en lugar de acordar la apertura de un procedimiento administrativo sancionador.

Ahora bien, llegados a este punto es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (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 del denunciado, podría ser constitutiva de una infracción leve de la LSSI, de que esta entidad nunca ante ha sido apercibida o sancionada por la AEPD, y de que concurren significativamente varias de las circunstancias descritas en el artículo 39 bis, 1, de la LSSI, este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir a las entidades a fin de que adopten las oportunas medidas correctoras.

Sin embargo, **teniendo en cuenta que las medidas correctoras que procedería imponer fueron ya adoptadas por iniciativa propia y de forma diligente**, pues a raíz de tener noticia del requerimiento informativo de la AEPD el denunciado adecuó su conducta a las previsiones de la LSSI y dio de baja los datos del denunciante para su tratamiento con fines publicitarios, 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 **EUROCONSUMIBLES, S.L.** y a 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 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