



Expediente N°: E/04797/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **OMI EUROPA, S.L.** y **EVOLUCIEL SAS** en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 31 de julio de 2016 tiene entrada en esta Agencia, denuncia interpuesta por D. **A.A.A.** (en adelante el denunciante) cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

1. Recibe comunicaciones comerciales en sus cuentas de correo electrónico@formacionjuridica.es,@aenta.es,@andce.es,@dndtecnologias.es, e@protecciondedatosenandalucia.es sin que hubiesen sido previamente solicitadas o autorizadas.
2. El sitio web promocionado es www.pro.packlink.es, del que es titular OMI EUROPA, S.L.
3. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de continúa recibiendo correos electrónicos.

La denuncia aporta copia de la siguiente documentación:

- a) Correos electrónicos recibidos junto con sus cabeceras completas. Las cabeceras completas son necesarias porque incluyen la identificación de los servidores de correo por los que el mensaje transitó hasta su destino.
- b) Solicitudes de baja enviadas.

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 sus cuentas de correo un total de 20 correos electrónicos cuyas características se listan a continuación.

Fecha	Cuenta origen	Cuenta destino
10/03/2016	Packlink-PRO@.....1	@aenta.es
17/03/2016	Packlink-PRO@.....1	@aenta.es
27/05/2016	Packlink-PRO@.....2	@aenta.es
16/06/2016	Packlink-PRO@.....3	@aenta.es
30/05/2016	Packlink-PRO@.....4	@aenta.es
10/03/2016	Packlink-PRO@.....5	@protecciondedatosenandalucia.es

16/06/2016	@ultra-red.com	@andce.es
10/03/2016	Packlink-PRO@.....6	...@dntecnologias.es
17/03/2016	Packlink-PRO@.....6	...@dntecnologias.es
27/05/2016	Packlink-PRO@.....7	...@dntecnologias.es
10/03/2016	Packlink-PRO@.....8	@formacionjuridica.es
17/03/2016	Packlink-PRO@.....8	@formacionjuridica.es
27/05/2016	Packlink-PRO@.....9	@formacionjuridica.es
30/05/2016	Packlink-PRO@.....10	@formacionjuridica.es
16/06/2016	Packlink-PRO@.....11	@formacionjuridica.es
17/03/2016	Packlink-PRO@.....5	@protecciondedatosenandalucia.es
27/05/2016	Packlink-PRO@.....12	@protecciondedatosenandalucia.es
30/05/2016	Packlink-PRO@.....13	@protecciondedatosenandalucia.es
16/06/2016	Packlink-PRO@.....14	@protecciondedatosenandalucia.es

Los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios de OMI EUROPA, S.L, en adelante OMI.

2. Todos los correos electrónicos recibidos disponen de un enlace a través del cual puede solicitarse la baja de la lista de destinatarios.

El denunciante manifiesta no haberlos utilizado “por el peligro que conlleva seguir enlaces de terceros que realizan comunicaciones ilícitas en Internet”.

3. El denunciante aporta copia de solicitudes de baja remitidas con las siguientes características:

Fecha	Cuenta solicitante	Destinos	
17/03/2016	@aenta.es	bajas@packlink.es	lopd@packlink.es
27/05/2016	@aenta.es	lopd@packlink.es	bajas@packlink.es
16/06/2016	@aenta.es	lopd@packlink.es	bajas@packlink.es
16/06/2016	@andce.es	lopd@packlink.es	
10/03/2016	...@dntecnologias.es	bajas@packlink.es	
29/03/2016	...@dntecnologias.es	bajas@packlink.es	lopd@packlink.es
27/05/2016	...@dntecnologias.es	bajas@packlink.es	lopd@packlink.es
17/03/2016	@formacionjuridica.es	bajas@packlink.es	lopd@packlink.es
27/05/2016	@formacionjuridica.es	bajas@packlink.es	lopd@packlink.es
16/06/2016	@formacionjuridica.es	bajas@packlink.es	lopd@packlink.es
29/03/2016	@protecciondedatosenandalucia.es	bajas@packlink.es	lopd@packlink.es
27/05/2016	@protecciondedatosenandalucia.es	bajas@packlink.es	lopd@packlink.es

16/06/2016	@protecciondedatosenandalucia.es	bajas@packlink.es	lopdp@packlink.es
------------	--------------------------------------	-------------------	-------------------

Subrayadas las direcciones que contienen una errata que impediría su recepción por parte de OMI.

Todas las solicitudes de baja se dirigen a la cuenta origen y a las que figuran en la tabla. En algunos casos se incluyen otras direcciones de correo de terceras entidades que no parecen directamente relacionadas con el envío de las comunicaciones.

En la política de privacidad del sitio web de OMI figuran las direcciones lopdp@packlink.es y bajas@packlink.es como aquellas a las que dirigirse para ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación, y oposición y para no recibir más comunicaciones comerciales.

4. Los dominios de las cuentas origen están registrados a nombre de personas físicas con domicilios en el Reino Unido y Francia excepto el dominio untra-red.com del que se desconoce el titular.

Al tratar de acceder a los sitios web que pudieran estar vinculados a los dominios de las cuentas origen, se constata que los dominios webstart.net y comptoirdirect.net disponen de una única página que permite solicitar la baja de los boletines, pero no especifica quien es el responsable del dominio o del boletín.

Los dominios oxygenne.net y ultra-red.com no tienen sitio web vinculado.

5. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, se reciben varios escritos de los representantes de OMI en los que manifiestan en referencia a los hechos denunciados que:

- 5.1. La campaña de publicidad en la que se incluyen los envíos objeto de denuncia se contrató con EFFILIATION SA, una sociedad con sede en Francia.

Se aporta contrato firmado con condiciones generales y particulares.

Se observa en el contrato que EFFILIATION SA se compromete a realizar las campañas publicitarias a través de las entidades afiliadas a dicha sociedad, que son definidas como "afiliados".

- 5.2. La entidad aporta copia de la información proporcionada por la entidad remitente del envío.

- 5.3. Las direcciones@aenta.es e@formaciónjuridica.es fueron dadas de baja entre el 1 y el 3 de agosto de 2016.

La dirección@protecciondedatosandalucia.es fue dada de baja entre el 10 y el 12 de octubre de 2016.

Las direcciones ...@andce.es e ...@dntecnologias.es fueron dadas de baja entre el 15 y 17 de octubre de 2016.

- 5.4. Sobre las solicitudes de baja manifiestan:

No tener constancia de las siguientes:@aenta.es (29/03/2016),
...@dntecnologias.es (11/03/2016) y
....@protecciondedatosenandalucia.es (29/03/2016).

Respecto de la solicitud de ...@andce.es (28/05/2016) tampoco tienen

constancia de su recepción, pero lo achacan al error en la dirección de destino, lopdp@packlink.es

La primera solicitud de baja de la que tiene constancia con respecto a la dirección@formacionjuridica.es es de 03/09/2016.

Aporta copia de una solicitud de baja remitida el 03/09/2016 que reenvía una comunicación comercial recibida el 02/09/2016.

Es posible que tras comprobar que las direcciones no estaban incluidas en su base de datos, fueran eliminados los correos electrónicos.

- 5.5. En cuanto a las baja de las direcciones, éstas se produjeron en las fechas siguientes:

....@aenta.es => entre el 1 y el 3 de agosto

....@formacionjuridica.es => entre el 1 y el 3 de agosto

A pesar de esta afirmación, y como se indica en el punto anterior, el denunciante recibió al menos una comunicación comercial en esta dirección el 02/09/2016.

....@protecciondedatosandalucia.es => entre el 10 y el 12 de octubre

....@andce.es => entre el 15 y el 17 de octubre

...@dntecnologias.es => entre el 15 y 17 de octubre.

6. Observando la lista de solicitudes de baja y teniendo en cuenta que algunas fueron enviadas a dos direcciones, el total de mensajes de baja enviados a direcciones correctas es de 19.

Inicialmente y a modo de muestra se requirió información sobre 5 de las bajas, que es sobre las que OMI contesta inicialmente. Al manifestar la entidad que no localiza ninguna de las solicitudes de baja, el 27 de octubre de 2016 se envió copia del listado completo de solicitudes para facilitar su búsqueda a OMI sin que ésta haya informado del hallazgo de ninguna de ellas.

Resulta cuestionable la validez de los buzones bajas@packlink.es y lopdp@packlink.es como medios de baja cuando no se tiene constancia de la recepción o trazabilidad de ninguna de las 19 solicitudes de baja aportadas.

7. El documento aportado a OMI por el remitente de los correos proporciona la siguiente información:

7.1. En la base de datos del remitente sólo consta la dirección IP, la fecha y hora de suscripción al boletín y la dirección IP desde la que se realizó ésta, además de los datos del navegador utilizado.

7.2. El remitente no especifica en que sitio web se realizó cada una de las suscripciones, ya que manifiesta que dispone de varios sitios como www.langagedescouleurs.net/index_es.php y <http://www.annuaire-bien-etre.info/newsletter-es.php>.

7.3. Se aporta el resultado de consultar en su base de datos los registros correspondientes a las direcciones de correo del denunciante en los que no figura en qué sitio web se realizó la suscripción.

Las direcciones IP que constan como origen de las solicitudes de suscripción no

son de proveedores de acceso a Internet o de servicios de Internet españoles, sino de países como Alemania, Francia, Moldavia y los Países Bajos.

- 7.4. Manifiestan que para evitar problemas procederán a la implementación de un sistema de suscripción de doble opt-in¹.
8. Si bien el remitente no se identifica explícitamente los dos sitios citados en el punto 7.2 disponen de una política de privacidad que identifica a EVOLUCIEL como responsable del sitio.
9. EVOLUCIAL SAS es una sociedad con sede en Francia con número SIREN *****1y SIRET *****2.

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*

1 Doble opt-in es el sistema de suscripción que al proporcionar una dirección de correo electrónico, remite un mensaje a dicha dirección. El mensaje contiene un enlace que permite confirmar la suscripción de forma que sólo el titular de la dirección de correo o quien tenga acceso a dicha dirección pueda efectivamente suscribirse a un boletín.

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)

En el presente caso ha quedado acreditado que la remisión de los correos no solicitados, promocionando productos y servicios de OMI, fueron remitidos por la entidad EVOLUCIAL SAS.

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 comunicaciones comerciales no solicitadas, lo que significaría la concurrencia de una actuación infractora por parte de las entidades denunciadas, éstas al tener noticia de los hechos aquí expuestos, han comunicado a esta Agencia que han procedido a la eliminación de las direcciones de correos electrónicos, sin que conste comunicación comercial posterior a las direcciones de correo electrónicos del afectado, a 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 EVOLUCIAL SAS, podría ser constitutiva de una infracción leve de la LSSI, de que la misma nunca antes ha sido apercibida o sancionada por la AEPD. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la citada entidad teniendo en cuenta el escaso número de correos que se remitieron a las distintas direcciones del afectado, que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción. Así mismo han manifestado que para evitar problemas procederán a la implementación de un sistema de suscripción de doble opt-in. Este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir a la misma 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 y de forma diligente por la citada entidad al suprimir de sus listado las direcciones 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 **OMI EUROPA, S.L.** y **EVOLUCIEL SAS**.

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