



Expediente Nº: E/04801/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante D. **A.A.A.** en virtud de denuncia presentada por D. **C.C.C.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 29 de julio de 2016 tiene entrada en esta Agencia, denuncia interpuesta por D. **C.C.C.**, en adelante el denunciante, cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

1. Recibe tres correos electrónicos en sus cuentas **D.D.D.** e **F.F.F.** con origen en la dirección **G.G.G.**.
2. No ha solicitado o autorizado previamente los envíos.
3. Los correos electrónicos que recibe disponen de una dirección electrónica mediante la que solicitar la baja de la lista de destinatarios.
4. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios a la dirección **E.E.E.** en las siguientes fechas, continúa recibiendo correos electrónicos. Solicitud de baja desde las siguientes direcciones:
 - a. **J.J.J.** en fecha 28/07/2016 y 07/01/2016.
 - b. **I.I.I.** en fecha 28/07/2016 y 07/01/2016.
 - c. **i H.H.H.** es en fecha 28/07/2016 y 07/01/2016.
5. El denunciante identifica como responsable de los envíos a D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciado) como titular del sitio web imprentabajocoste.com y su-tienda.com.

La denuncia aporta copia de la siguiente documentación: Correos electrónicos recibidos junto con sus cabeceras completas y 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 cada una de sus cuentas de correo **J.J.J.**, **I.I.I.** y **i F.F.F.** un correo electrónico desde la cuenta **G.G.G.** en fecha 27/7/2016.

Los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios de IMPRENTA BAJO COSTE.

2. Los correos electrónicos disponen de una dirección de correo electrónico válida donde pueda ejercitarse el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales o revocar el consentimiento que prestado previamente para el envío de los mensajes.

Se ha comprobado que al ser utilizados los enlaces de baja devuelven el siguiente mensaje *“La baja se ha cursado correctamente”*

3. El dominio **G.G.G.** no ofrece información sobre su registro. Se refiere a la dirección IP *****IP.1** localizada en Virginia, USA.
4. En la página **www.imprentabajocoste.com.....** del sitio web **www.imprentabajocoste.com** se identifica a IMPRENTA BAJO COSTE como propietario cuyo representante y gerente es **A.A.A.** con NIF **K.K.K.**

En el sitio web dispone de una política de privacidad que ofrece una dirección electrónica **E.E.E.** donde ejercer la oposición o solicitar la revocación del consentimiento.

5. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, se recibe un escrito del denunciado en el que manifiesta en referencia a los hechos denunciados que:

- 5.1. El origen del dato de la dirección de correo electrónico suponen que fue tras la realización de visitas comerciales directas o en eventos, en tales casos se recaba el consentimiento expreso de forma escrita, mientras que en ciertas ocasiones es únicamente verbal.

Otras fuentes de datos son mediante formulario de alta al boletín de la página web corporativa **www.imprentabajocoste.com** o por una relación contractual previa.

- 5.2. No disponen de acreditación del consentimiento prestado por el denunciante para la remisión de correos comerciales.
- 5.3. No han recibido solicitud alguna del denunciante solicitando la cancelación de sus datos u oponiéndose al envío de comunicaciones comerciales.

En todas sus comunicaciones electrónicas se incluye un texto para cursar la baja automática de la plataforma de envío de comunicaciones. Dichas comunicaciones son enviadas desde un correo **“B.B.B.”**.

Es un enlace automático. La existencia de filtros de correo puede hacer que los correos enviados por tercero sean bloqueados, o reenviados a la carpeta de correo no deseado. En estos casos, no es posible atender la petición de los usuarios, por no ser conocedores de dicha petición.

- 5.4. Respecto de las solicitudes de baja de fechas 07/01/2016 y 28/07/2016, la primera estaría prescrito según el art. 45 de la LSSI y respecto a la segunda, los datos del denunciante han sido cancelados tras recibir la denuncia de esta

Agencia.

Aporta impresión de pantalla con la fecha de baja de las tres direcciones de correo electrónico del denunciante.

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 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, 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

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. 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)

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, teniendo en cuenta que solo se remitieron 2 correos y la falta de constancia de beneficios obtenidos y perjuicios ocasionados.

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 este nunca ante ha sido apercibido o sancionado 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 al denunciado 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 adecuo 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 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 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