



Expediente N°: E/05296/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

Con fecha de 12 de abril de 2016 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que declara lo siguiente:

Con fecha 22/06/2016 solicitó a BINTER CANARIAS, S.A. (en lo sucesivo BINTER) el cese en el envío de comunicaciones comerciales y la baja en sus ficheros. La solicitud la efectuó por correo electrónico remitido desde su dirección **B.B.B.** a la dirección ...1@bintercanarias.com

Con fecha 23/06/2016 BINTER le confirmó la recepción de su solicitud, informándole que se pondrían en contacto con él.

Con fecha 05/07/2016 recibió en su dirección de correo electrónico **B.B.B.** un correo electrónico comercial remitido por BINTER.

Con fecha 18/07/2016 recibió en su dirección de correo electrónico **B.B.B.** un correo electrónico comercial remitido por BINTER.

Con fecha 24/07/2016 reiteró su solicitud a BINTER ya que había recibido un correo comercial en fecha 18/07/2016.

Con fecha 25/07/2016 BINTER le remite correo electrónico informándole que el 29/06/2016 dio respuesta a su solicitud indicándole que se había procedido a la baja de sus datos en los sistemas, y a cancelar el envío de publicidad de su tarjeta BinterMás.

Con fecha 25/07/2016 dirige un correo electrónico a BINTER señalando que no ha recibido tal respuesta y que dejaran de remitirle publicidad.

Con fecha 10/10/2016 recibió escrito de BINTER fecha el 02/08/2016 en el que le confirman que han cancelado todos sus datos personales obrantes en los ficheros de la entidad.

Aporta copia de los referidos correos electrónicos y acreditación tanto de su envío como recepción, así como del escrito de BINTER de fecha 10/10/2016 en el que le confirman la cancelación de sus datos.

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 (el subrayado es de la AEPD).

IV

En el presente supuesto, ha quedado acreditado que en fecha 22/06/2016 el denunciante solicitó a BINTER el cese en el envío de comunicaciones comerciales a su dirección **B.B.B.**, así como la baja de sus datos en los ficheros de la entidad. En fecha 23/06/2016 BINTER le confirmó la recepción de su solicitud informándole que contactarían con él. No obstante, en fechas 05/07/2016 y 18/07/2016 BINTER le remitió a su dirección **B.B.B.** sendos correos electrónicos comerciales.

En este punto debe recordarse lo dispuesto por la LSSI:

“Artículo 19 Régimen jurídico

1. Las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán, además de por la presente Ley, por su normativa propia y la vigente en materia comercial y de publicidad.

2. En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales.”

Por su parte la LOPD establece:

“Artículo 30 Tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial

4. Los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud.

Artículo 17 Procedimiento de oposición, acceso, rectificación o cancelación

1. Los procedimientos para ejercitar el derecho de oposición, acceso, así como los de rectificación y cancelación serán establecidos reglamentariamente.”

Y el RLOPD dispone:

“Artículo 34 Derecho de oposición

El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en los siguientes supuestos:

b) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación.

Artículo 35 Ejercicio del derecho de oposición

1. El derecho de oposición se ejercitará mediante solicitud dirigida al responsable del tratamiento.

Cuando la oposición se realice con base en la letra a) del artículo anterior, en la solicitud deberán hacerse constar los motivos fundados y legítimos, relativos a una concreta situación personal del afectado, que justifican el ejercicio de este derecho.

2. El responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de oposición en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. En el caso de que no disponga de datos de carácter personal de los afectados deberá igualmente comunicárselo en el mismo plazo.

3. El responsable del fichero o tratamiento deberá excluir del tratamiento los datos relativos al afectado que ejercite su derecho de oposición o denegar motivadamente la solicitud del interesado en el plazo previsto en el apartado 2 de este artículo.”

Conforme a lo dispuesto en la referida normativa y tomando en consideración que el denunciante ejerció su derecho de oposición al envío de comunicaciones comerciales de BINTER en fecha 22/06/2016, el correo electrónico comercial que le remitió dicha entidad en fecha 05/07/2016 se encuentra dentro del plazo de los 10 días otorgados por el RLOPD para hacer efectivo el derecho de oposición. Por el contrario el correo electrónico comercial que le remitió BINTER en fecha 18/07/2016 se encuentra fuera del referido plazo vulnerando en consecuencia lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LSSI ya que para el envío del citado correo electrónico comercial BINTER no contaba con el consentimiento del denunciante.

V

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 bis 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 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. >> (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 remitió 1 correo (fecha 18/07/2016) tras la solicitud de cancelación instada por el denunciante (recordar que el correo que le fue remitido en fecha 05/07/2016 se encontraba dentro del plazo de 10 días para hacer efectiva la cancelación de sus datos), 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, ya que con

anterioridad a la presentación de la denuncia ante la AEPD el denunciado adecuo su conducta a las previsiones de la LSSI, por cuanto en fecha 02/08/2016 confirmó al denunciante que había cancelado todos sus datos personales obrantes en sus ficheros, sin que conste la recepción por éste de nuevos correos electrónicos comerciales, 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 **BINTER CANARIAS, S.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