

Expediente Nº: E/05615/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TECNICOS Y ASESORES INFORMATICOS EDITORIAL S.A.** en virtud de denuncia presentada por Dña. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 14 de septiembre de 2016 tiene entrada en esta Agencia denuncia interpuesta por Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante), comunicando que:

1. Recibe desde hace meses correos electrónicos no solicitados en su cuenta **B.B.B.** de "Revista Pymes".
2. Cada vez que solicita la baja a través de la opción incluida en los correos, recibe el mensaje "Usted ya está dado de baja en las revistas seleccionadas", pero continúa recibiendo correos.
3. Ha escrito en dos ocasiones a ...1@revistapymes.es informándoles de que no se le ha dado de baja correctamente pero hacen caso omiso.

La denuncia aporta copia de la siguiente documentación:

- a) Solicitud de baja enviada el 05/07/2016 y el 29/07/2016.
- b) Correos electrónicos recibidos el 29/07/2016 y el 02/09/2016 junto con sus cabeceras completas.
- c) Impresiones de pantalla del proceso de baja del boletín "Actualidad Pymes" y del mensaje obtenido.

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. La denunciante recibe el 29/07/2016 y el 02/09/2016 en su cuenta de correo **B.B.B.** dos correos electrónicos con origen en la cuenta ...1@revistapymes.es.

Los correos electrónicos contienen dos números de la revista "PYMES" y en su pie figura un texto que identifica a "Grupo TAI Editorial" como responsable del fichero del que se han obtenido los datos del destinatario y se informa de que los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición podrán ser ejercidos en la dirección correo@taieditorial.es.

2. Los correos electrónicos proporcionados en el escrito de denuncia disponen de un enlace con el texto "Bajas" mediante el que puede solicitarse la baja de la lista de destinatarios.

3. Los correos electrónicos de baja fueron remitidos por la denunciante el 05/07/2016 y el 29/07/2016 desde su dirección B.B.B. con destino a la dirección ...1@revistapymes.es.
4. El dominio revistapymes.es está registrado a nombre de TECNICOS Y ASESORES INFORMATICOS EDITORIAL S.A, en adelante TAIESA.

El sitio web contiene información relativa a las pequeñas y medianas empresas, a su gestión y posible desarrollo.

El enlace de la página de política de privacidad del sitio web www.revistapymes.es lleva a la página de política de privacidad del sitio web www.taieditorial.es donde se identifica a TAIESA como responsable del mismo.

5. En respuesta a la solicitud de información realizada por esta Agencia se recibe escrito de TAIESA en el que manifiestan en referencia a los hechos denunciados que:
 - 5.1. No consideran que sus comunicaciones tengan naturaleza comercial.
 - 5.2. El titular de la dirección B.B.B. solicitó a través de una llamada de teléfono la suscripción al boletín de la entidad, concretamente a los boletines “Revista Pymes” y “Actualidad Pymes”.
 - 5.3. No disponen de datos de la cuenta porque en el momento en que se tuvo constancia de la solicitud de baja se procedió a la supresión definitiva en las bases de datos de TAIESA.
 - 5.4. TAIESA dispone de dos medios para solicitar la baja de sus boletines: un enlace incluido en cada comunicación que permite seleccionar la publicación de la que se desea solicitar la baja y la dirección de correo correo@taieditorial.es facilitado en la cláusula de protección de datos.
 - 5.5. El 15 de junio la denunciante solicitó la baja únicamente del boletín “Actualidad Pymes” y ésta se resolvió automáticamente, pero al continuar suscrita al boletín “Revista Pymes”, la denunciante continuó recibiendo los boletines de esa publicación.
 - 5.6. Las solicitudes de baja no fueron remitidas por la denunciante a la dirección dispuesta para ello, sino a ...1@revistapymes.es, que es una dirección utilizada únicamente para realizar envíos.

En septiembre, después del periodo de cierre vacacional, se realizó una revisión de los buzones de la empresa y al detectar la incidencia se tramitó la baja de forma inmediata.
 - 5.7. Con objeto de tratar de evitar incidencias similares en un futuro, van a incluir en la cláusula de protección de datos una leyenda que indique que no se debe contestar al correo electrónico para cualquier petición o solicitud.

Se va a incluir también la opción de darse de baja de todas las publicaciones al mismo tiempo.

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, señala 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.”

En el presente caso ha quedado acreditado que la remisión de los correos después de que la denunciante hubiera solicitado la baja a través del medio habilitado por la entidad, promocionando productos y servicios, fueron remitidos por TAIESA.

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 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.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis.

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.

V

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante comunicaciones comerciales no solicitadas, ya que se remitieron después de las solicitudes de baja cursadas por la denunciante, lo que significaría la concurrencia de una actuación infractora por parte de la entidad denunciada, ésta al tener noticia de los hechos aquí expuestos, ha comunicado a esta Agencia que ha procedido a dar de baja a la denunciante.

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 la entidad denunciada, 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 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 han tramitado la baja de la denunciante y que con objeto de tratar de evitar incidencias similares en un futuro, van a incluir en la cláusula de protección de datos una leyenda que indique que no se debe contestar al correo electrónico para cualquier petición o solicitud, así como van a incluir también la opción de darse de baja de todas las publicaciones al mismo tiempo.

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, 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 **TECNICOS Y ASESORES INFORMATICOS EDITORIAL 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