



Expediente N°: E/06758/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **PIXEL SISTEMAS, S.L.** en virtud de denuncia presentada por **TAOSPAIN INTERACTIVE SL** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 28 de septiembre de 2016, tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia presentada por **TAOSPAIN INTERACTIVE S.L.**, en adelante el denunciante, contra la entidad **PIXEL SISTEMAS S.L.** en lo sucesivo el denunciado en la que manifiesta que a pesar de haber solicitado el cese en el envío de comunicaciones comerciales, mediante correos electrónicos de fechas 22 de diciembre de 2015 y 22 de enero de 2016, y mediante burofax de abril de 2016, la citada entidad le continúa remitiendo envíos publicitarios.

El denunciante aporta la siguiente documentación

- a. Escrito de 25 de abril de 2016 en el que solicita el cese en el envío de publicidad a los dominios taospain.com, deikoo.com ycom.
- b. Prueba de entrega al denunciado el 27 de abril de 2016, del burofax entregado en Correos el 25 de abril de 2016.
- c. Correo electrónico recibido en la dirección electrónica@taospain.com, el 28 de septiembre de 2016, remitido desde la dirección@deikoo.com, en el que se publicita un curso avanzado, 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.
- d. Correos electrónicos de 28 de septiembre, remitidos desde la dirección@taospain.com a la dirección@deikoo.com solicitando la baja en la base de datos de publicidad, respondiendo a los correos de fechas 22 de enero y 21 de diciembre de 2016 remitidos desde@deikoo.com que contienen información sobre las nuevas condiciones de compra del denunciado y una felicitación navideña, respectivamente.

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 dominio pixelsistemas.com está registrado a nombre del denunciado.
2. En respuesta a la solicitud de información realizada por esta Agencia, se recibe escrito del denunciado en el que manifiesta, en relación con los hechos denunciados, lo siguiente:

“(...) El origen del acceso a la dirección de correo electrónico corporativa@taospain.com es la relación comercial que se estableció en 2009 entre las mercantiles TAO SPAIN SL Y PIXEL SISTEMAS SL, la primera en calidad de cliente de la segunda. Dicha relación comercial concluyó a finales de 2015 (...).

PIXEL SISTEMAS SL solo envía comunicaciones electrónicas con finalidades promocionales de los productos o servicios que comercializa a destinatarios respecto de los cuales se haya obtenido el consentimiento expreso para tal fin, o respecto de los cuales previamente se haya establecido una relación de negocios. (...)

En fechas 22/12/2015 y 22/1/2016 esta empresa recibió dos emails desde la cuenta de correo@taospain.com en los que se solicitaban que no se les enviara más publicidad, en contestación a sendos e-mails que se habían remitido a esta cuenta desde la cuenta@pixelsistemas.com. Estos correos electrónicos no tenían carácter promocional, sino que el primero de ellos era una simple felicitación navideña y el contenido del segundo era meramente informativo, el segundo (se adjuntan dichos correos para acreditar el carácter no promocional de los mismos).

El 25 de abril de los presentes esta parte recibió un burofax (se adjunta a este escrito) enviado por DEIKOO SMART DEVICES, SL (entidad que tiene vinculación con TAO SPAIN INTERACTIVE SL) en el que se indicaba que no deseaban seguir recibiendo envíos de publicidad no requerida a cualquiera de las cuentas de correo que pertenecen a los dominios taospain.com, deikoo.com ycom. Con carácter inmediato se procedió a retirar de la lista de distribución de envíos promocionales la dirección de e-mail@taospain.com, la única que constaba con los dominios identificados en la solicitud, de forma que se cumpliera con la legítima y respetada voluntad del destinatario de no recibir correos electrónicos promocionales. En septiembre de 2016, dicha dirección de e-mail fue reintegrada en la lista de distribución de envíos promocionales por error involuntario, al anexionar una lista de contactos entre los que figuraba la dirección de e-mail@taospain.com. Esta circunstancia no ha afectado a ningún otro registro dado que PIXEL SISTEMAS SL tiene una antigüedad de casi 20 años y esta es la primera y única vez que un destinatario ha manifestado oposición a este tipo de comunicaciones.

CUARTO.- Una vez identificado el error, PIXEL SISTEMAS SL ha actuado diligentemente implantando como medida correctora el software campaign monitor, que tiene la funcionalidad de filtrar los registros de excluyentes antes de realizar envíos masivos, promocionales o no promocionales, garantizando que en ningún caso se pueda realizar un envío a un destinatario que se haya manifestado en contra (...)

En la actualidad los envíos de correos electrónicos con finalidades promocionales se realizan respecto de productos o servicios similares a los que fueron objeto de contratación inicial del cliente, se ofrece en todas las comunicaciones un medio sencillo y gratuito para que el destinatario pueda oponerse a los envíos, concretamente un enlace a una dirección electrónica en el que el propio destinatario puede consignar su baja de la lista de distribución, y se ha implantado un sistema informático para evitar realizar envíos a destinatarios que se hayan opuesto a este tratamiento, con carácter anterior a recibir el requerimiento de información de la Agencia Española de Protección de Datos. Asimismo, todos los datos de contacto de la lista de

distribución siguen siendo obtenidos de forma lícita."

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 el denunciante hubiera solicitado la baja a través del medio habilitado por la entidad, promocionando productos y servicios, fueron remitidos por el denunciado.

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 ha 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 comercial (pues los anteriores, eran una felicitación navideña y una información sobre condiciones de contratación) 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 el 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 actuado diligentemente implantando como medida correctora el software campaign monitor, que tiene la funcionalidad de filtrar los registros de excluyentes antes de realizar envíos masivos, promocionales o no promocionales, garantizando que en ningún caso se pueda realizar un envío a un destinatario que se haya manifestado en contra...”*

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 haber adoptado medidas con objeto de tratar de evitar incidencias similares en un futuro.

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 **PIXEL SISTEMAS, S.L.** y **TAOSPAIN INTERACTIVE SL.**

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