



Expediente N°: E/06761/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **Redes, Sistemas y Dominios, S.L.** en virtud de denuncia presentada por Don **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 27 de septiembre de 2016, tiene entrada en esta Agencia escrito presentado por Don **A.A.A.**, en lo sucesivo el denunciante, contra la mercantil **Redes, Sistemas y Dominios, S.L.** por la recepción de comunicaciones comerciales en la dirección de correo electrónico **B.B.B.**, remitidas desde la dirección **C.C.C.@rsd.es**, en las que se promocionan los productos o servicios de RSD Cloud Computing, sin que éstas hayan sido previamente solicitadas o expresamente autorizadas ni incluyan una dirección de correo electrónico o dirección electrónica válida en la que se pueda solicitar el cese en el envío de estas comunicaciones, añadiendo que su remisión se produce después de haber solicitado el cese en el envío de tales comunicaciones.

El denunciante aporta los siguientes documentos: a) Solicitud de baja remitida a la dirección **C.C.C.@rsd.es** el 13 de septiembre de 2016; b) Impresión parcial del contenido del correo electrónico recibido el 26 de septiembre de 2016 junto con sus cabeceras completas.

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, a raíz de las cuales se tiene conocimiento de los siguientes extremos:

1. El denunciante recibe en su cuenta de correo **B.B.B.** con fecha 26 de septiembre de 2016 un correo electrónico procedente de la cuenta **C.C.C.@rsd.es**.
2. El dominio **rsd.es** está registrado a nombre de la entidad **Redes, Sistemas y Dominios, S.L.**
3. En respuesta a la solicitud de información realizada por la inspectora actuante, se recibe escrito de **Redes, Sistemas y Dominios, S.L.** en el que la representante de la entidad manifiesta, en relación con los hechos denunciados, lo siguiente:
 - El correo electrónico del denunciante lo proporcionó la entidad **Item Formación, S.L.**
 - En envío del correo electrónico tras la solicitud de baja fue debido a un error humano de una de las trabajadoras de la empresa, cuyos datos personales facilita, quien no siguió la operativa establecida para las bajas.
 - Se ha dado de baja el correo electrónico del denunciante de los archivos de la empresa, y para evitar futuros errores similares, en el Plan de Formación de este año se va a inscribir a la citada trabajadora en un curso de

Formación oficial, impartido por la empresa que les asesora en el área de protección de datos.

- También se han adoptado medidas organizativas e informáticas para que a nivel de Gerencia se pueda controlar y supervisar de manera más efectiva la recepción y control de correos electrónicos.
- Se ha llegado a un acuerdo amigable con el denunciante en la resolución del presente asunto y en las medidas adoptadas al respecto.

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 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.”*

A su vez, la LSSI define en su Anexo f) como: *“ Comunicación comercial»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.”*

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicación comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de

todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

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 del correo electrónico de fecha 26 de septiembre de 2016 a la cuenta titularidad del denunciante promocionando productos y servicios de RSD Cloud Computing se llevó a cabo por por Redes, Sistemas y Dominios, S.L. sin contar con el consentimiento previo y expreso del denunciante para ello, toda vez que su remisión se produjo con posterioridad a que la empresa denunciada hubiera recibido la solicitud de baja remitida por el denunciante con fecha 13 de septiembre de 2016, circunstancia, por otra parte, reconocida por esa empresa al indicar que el envío se debió a un error humano de una de sus trabajadoras que no siguió la operativa de bajas establecida a tales efectos.

Consecuentemente, a la luz de los elementos fácticos obrantes en el expediente, cabe concluir que los hechos analizados suponen la vulneración por parte de Redes,

Sistemas y Dominios, S.L. de la prohibición recogida en el artículo 21 de la LSSI, conducta tipificada como infracción leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI que establece como tal: *“El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave”*, conducta que puede ser sancionada con multa de hasta 30.000 € de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la citada LSSI.

IV

A su vez, 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.”

Por su parte el artículo 40 de la LSSI, en relación con la *“Graduación de la cuantía de las sanciones”*, determina lo siguiente: *“La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios: a) La existencia de intencionalidad. b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción. c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme. d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados. e) Los beneficios obtenidos por la infracción. f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida. g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”*

De conformidad con lo previsto en el apartado segundo del artículo 39.bis, esta

Agencia considera que en el presente caso procedería apercibir a la denunciada en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del apartado 2 del citado precepto y, por otro lado, se produce la circunstancia recogida en el artículo 39 bis 1.a), ya que se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado, teniendo en cuenta que la infracción se refiere a la remisión de una única comunicación comercial y concurren en forma significativa de los criterios a), e) y f) de ausencia de intencionalidad, falta de constancia de que la comisión de la infracción haya producido beneficios al infractor o afectado al volumen de facturación del mismo.

V

Ahora bien, en el presente supuesto, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 39 bis 2 de la LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por el denunciado. Téngase en cuenta que tan pronto como Redes, Sistemas y Dominios, S.L. recibió la solicitud de información de esta Agencia relativa a los hechos denunciados, procedió a adoptar una serie de medidas correctoras, entre ellas la baja del correo electrónico del denunciante de sus ficheros a fin de evitar que éste recibiera en el futuro nuevos envíos de esta naturaleza en sus señas electrónicas, amén de tomar medidas organizativas tendentes a reforzar la formación de su empleada en esta materia inscribiéndola en un curso de formación oficial y mejorar los mecanismos informáticos implementados para controlar este tipo de envíos. Asimismo, no consta que con posterioridad a la denuncia dicha empresa remitiera ninguna otra comunicación comercial posterior a la dirección de correo electrónico del denunciante.

Por tanto, esta Agencia no podría apercibir a la empresa denunciada por la comisión de la infracción al artículo 21 de la LSSI requiriéndole la adopción de medidas correctoras que evitasen el tratamiento del correo electrónico del denunciante para el envío de posteriores correos electrónicos con fines publicitarios con arreglo a lo dispuesto en dicho precepto, puesto que éstas ya han sido llevadas a cabo por propia iniciativa.

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que *“no constituye una sanción”*, tratándose de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos 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 la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referentes a los supuestos en los que el sujeto responsable de la infracción **ha adoptado por iniciativa propia y, en forma diligente, las medidas correctoras oportunas** para subsanar la situación creada, tal y como ha hecho Redes, Sistemas y Dominios, S.L. al suprimir de sus ficheros la dirección de correo electrónico del denunciante, **debe procederse al 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 **Redes, Sistemas y Dominios, S.L.** y a Don **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